



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**O CONTEÚDO AXIOLÓGICO-NORMATIVO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE  
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988: O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO  
SOCIAL COMO PRESSUPOSTO DE EXISTÊNCIA E EFICÁCIA DA PROPRIEDADE**

Florianópolis

2012

**LUIZ FERNANDO ROSSETTI BORGES**

**O CONTEÚDO AXIOLÓGICO-NORMATIVO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE  
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO  
SOCIAL COMO PRESSUPOSTO DE EXISTÊNCIA E EFICÁCIA DA PROPRIEDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: **Prof. Dr. Airton Lisle Cerqueira-Leite Seelander**

Florianópolis

2012

**LUIZ FERNANDO ROSSETTI BORGES**

**O conteúdo axiológico-normativo da função social da propriedade à luz da Constituição da República de 1988: o cumprimento da função social como pressuposto de existência e eficácia da propriedade**

Este trabalho de conclusão de curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 2 de julho de 2012.

---

Prof. e orientador Dr. Airton Lisle Cerqueira-Leite Seelaender  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Adailton Pires Costa  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Laila Maia Galvão  
Universidade Federal de Santa Catarina

A realização deste trabalho monográfico só foi possível graças aos tantos e tantas que, de alguma forma, participaram positivamente destes meus últimos cinco anos. Por certo, este pequeno agradecimento não será suficiente para fazer constar todos os amigos que mereciam estar aqui.

Inicialmente, indispensável agradecer à minha família, sem a qual não me imagino: ao meu pai, Gentil, pelo seu exemplo – vez que tento ser uma pessoa como ele –, e por todo o seu apoio; à minha mãe, Cristina, pela sua dedicação, carinho e pelos muitos valiosos conselhos, que me fazem continuar firme nessa dura jornada; às minhas irmãs Maria Eugênia, Maria Paula e à minha tia Elvira, pelo apoio nas dificuldades e por comporem o meu núcleo familiar, meu porto seguro.

Sou eternamente grato à minha namorada, Emanuela, pelo apoio e cumplicidade em todos esses deliciosos anos que passamos juntos. Para ela, tenho que “amar não é olhar um para o outro, é olhar juntos na mesma direção.” ([Antoine de Saint-Exupéry](#)).

Agradeço também aos meus amigos Guilherme Coimbra Felix Cardoso, pelas longas conversas e conselhos; Álvaro Maus Filho, pelas tantas e deliciosas risadas compartilhadas; Marcos Rotta Pucci, pelas discussões acaloradas e apaixonadas; e aos amigos Cristian “Sugiro” Nagase, Anna Susan Horwarth, Leandro Canavarros...

Aos companheiros do movimento estudantil, pelos momentos felizes e pelos momentos tristes.

À equipe com quem trabalhei no Ministério Público, representada na pessoa do Dr. Rui Carlos Kolb Schiefler.

E ao meu orientador, prof. Airton Seelaender, pelas preciosas indicações bibliográficas e ao prof. Guilherme Merolli, pelas inspiradoras e inesquecíveis aulas no início da faculdade.

Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo.

E examinai, sobretudo, o que parece habitual.

Suplicamos expressamente: não aceiteis o que é de hábito como coisa natural, pois em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural nada deve parecer impossível de mudar.

(Bertold Brecht)

## RESUMO

O presente trabalho monográfico visa analisar a necessidade de atendimento à função social como pressuposto de sua existência e eficácia. Para tanto, realiza-se uma breve digressão acerca da história da propriedade e da sua função nos diferentes períodos da humanidade, quais sejam, estágios pré-históricos da civilização, greco-romano, feudal e moderno-burguês, para, em seguida, abordar os contornos gerais do instituto. Investiga-se as constituições republicanas do Brasil e o delineamento que conferem a ela, para assim analisar a propriedade-função atual e o seu caráter promocional. Nesse sentido, diferencia-se a função social da limitação jurídica da propriedade, pois àquela é de caráter positivo e insere-se em seu próprio conteúdo e a limitação é de cunho negativo e acha-se na face externa do instituto. Após, diferencia-se qual a propriedade que está obrigatoriamente vinculada ao cumprimento da função social, notadamente dos bens de produção e bens imóveis, daquela propriedade que possui somente função individual ou de fruição imediata. São abordados também julgados provenientes dos tribunais superior do Brasil. Ao final, analisa-se a propriedade enquanto fato jurídico real e as consequências do seu não cumprimento. Se não cumprir a função social, componente estruturador e justificador da propriedade, haverá fato jurídico extintivo da propriedade, por faltar elemento essencial para constituir e fazer permanecer a propriedade. Por via de consequência, a propriedade não terá eficácia, seja no plano processual, seja no plano material. Por fim, examina-se a PEC do Trabalho Escravo, em tramitação no Congresso Nacional, que vem a coroar a necessidade de cumprimento do dispositivo constitucional, e o perdimento da propriedade, por perecimento ou abandono, observando-se o devido processo legal.

**Palavras-chave:** Função Social da Propriedade. Fato Jurídico. Existência. Eficácia. Perdimento da Propriedade.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA PROPRIEDADE	
• O conteúdo dinâmico da propriedade através da história.....	11
• A propriedade nos estágios pré-históricos da civilização.....	15
• A propriedade greco-romana.....	17
• A propriedade feudal.....	21
• A propriedade moderna burguesa.....	24
2 CONTORNOS GERAIS ACERCA DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL	
2.1 As Constituições da República e a propriedade.....	28
2.2 O conteúdo e a dimensão promocional da função social.....	32
2.3 A distinção entre limitação jurídica e função social da propriedade.....	35
2.4 A propriedade vinculada à função social.....	38
2.5 O entendimento jurisprudencial da função social da propriedade.....	42
3 O ALCANCE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	
3.1 A desapropriação como forma de atender a função social.....	47
3.2 A propriedade como fato jurídico.....	52
3.3 Existência e eficácia da propriedade.....	54
3.4 A Proposta de Emenda à Constituição n. 438 (PEC do Trabalho Escravo).....	56
3.5 A função social e o perdimento da propriedade.....	59
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	65

## INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos, a propriedade passou por profundas transformações, tanto em seu aspecto legal, quanto em sua estrutura, na medida em que ela é dinâmica e seu conteúdo será determinado de acordo com as transformações das relações de produção.

Neste diapasão, a concepção de que a propriedade é absoluta, perpétua e exclusiva advinda do direito romano não se aplica mais à luz da Constituição de 1988, pois sobre ela recai grave encargo social, bem como está submetida a inúmeras limitações.

Partindo desse pressuposto, o presente trabalho monográfico objetiva demonstrar que o instituto da propriedade sofreu profunda transformação, na medida em que o direito somente tutelar a propriedade efetivadora da função social, não conferindo existência ou eficácia ao bem que esteja em desacordo com os ditames da propriedade prevista na Constituição Federal de 1988.

O tema foi escolhido primordialmente em razão da necessidade de colocar em discussão o impositivo constitucional da função social da propriedade, haja vista o tratamento conferido pela doutrina majoritária e pela jurisprudência se darem de forma restritiva e engessada. O debate se torna atual na medida em que os problemas sociais presentes no país parecem ser insolúveis. Deve-se assinalar que compete também ao direito propor medidas e interpretações jurídicas com o desígnio de diminuir a exclusão social presente no país. A partir desse combate travado nos âmbitos do direito civil e constitucional, se oportunizará uma interpretação da propriedade constitucional com vistas ao cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme prevê o art. 3º da Constituição.

Torna-se de extrema importância o tema em questão, pois a desigualdade e a exclusão sociais parecem se agravar no país, relacionados principalmente a políticas econômicas que visam retirar o Estado como principal indutor do desenvolvimento e seu principal responsável. O cumprimento da função social da propriedade pode redefinir a distribuição de bens necessários a uma vida digna, uma vez que, no sistema de produção capitalista, o acesso à propriedade é o único meio de obtenção de direitos fundamentais.

Ademais, o tema sofre preconceito por parte significativa de juristas, motivo pelo qual sua abordagem tende a ser de forma limitada e superficial, não lhe conferindo tratamento adequado e não lhe demonstrando seu longo alcance. Em vista disso, a novidade do presente trabalho monográfico está no resgate do sentido dado pela doutrina crítica à função social da propriedade e na profunda transformação social que a aplicação deste mandamento constitucional



pode obter. Assim, o pretendido ineditismo consiste na profundidade da investigação do tema e na radicalidade da interpretação do dispositivo constitucional como é proposto no presente trabalho.

Ainda no primeiro capítulo, a pesquisa pretende abordar a história da propriedade, bem como a história das sociedades em um momento anterior ao seu aparecimento. Para tanto, utiliza-se do método materialista histórico, com vistas a desvendar a dinâmica relação entre as sociedades, os modos de produção e o instituto abordado, de modo a demonstrar a função desempenhada pela propriedade nos mais diversos períodos da humanidade.

Em um segundo momento, traça-se sinteticamente os contornos constitucionais conferidos à propriedade nas Constituições do Brasil, notadamente das Constituições de 1934, 1937, 1946, 1964 e 1967. Após, aborda-se o seu conteúdo e a sua dimensão promocional, para em seguida diferenciar a função social das limitações da propriedade. Não obstante, faz-se também a diferenciação da propriedade que deve cumprir a sua função social, daquela que detém somente função individual. Por fim, analisam-se jurisprudências e decisões dos tribunais superiores.

Ressalta-se que, muito embora a doutrina e a jurisprudência majoritárias reconheçam a relevância da função social da propriedade, hesitam na sua fixação e aplicação, ora conferindo ao instituto um caráter subsidiário à propriedade, ora tornando-o um princípio constitucional meramente programático e sem efeito, não entendendo a radical transformação no conteúdo axiológico-normativo da propriedade.

A parte final deste trabalho monográfico pretende demonstrar que o instituto da propriedade sofreu profunda transformação, na medida em que o direito somente tutelar a propriedade efetivadora da função social, não conferindo existência ou eficácia ao bem que esteja em desacordo com os ditames da propriedade previstos na Constituição Federal de 1988. Assim, tratará especificamente da propriedade enquanto fato jurídico de natureza real, e os efeitos jurídicos decorrentes do não atendimento da sua intrínseca função social, tanto no plano da existência, quanto no plano da eficácia.

Por conseguinte, analisa-se a desapropriação e PEC do Trabalho Escravo como formas de concretização deste preceito fundamental, assim como o perdimento da propriedade resultante de decisão judicial que constatar o perecimento deste direito ou o seu abandono.

Frise-se, por mais importante, que este trabalho de conclusão de curso não pretende esgotar as discussões sobre a matéria. Foram privilegiados os aspectos mais polêmicos sobre a propriedade, ou então, buscou-se trazer fontes bibliográficas não comumente utilizadas pelos teóricos do direito civil-constitucional.

Será utilizado o método dedutivo, porquanto partir-se-á de premissas consagradas e princípios reconhecidos para determinar o conteúdo axiológico-normativo da propriedade como é concebida hoje. Será empregado, subsidiariamente, o método dialético na sua forma materialista-histórico, demonstrando-se as contradições existentes nas sociedades, em especial a capitalista, proporcionando uma visão totalizante da realidade, propondo-se soluções. Serão utilizados como procedimentos instrumentais a revisão bibliográfica e a jurisprudência.

## **1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA PROPRIEDADE**

### **1.1 O conteúdo dinâmico da propriedade e a função social através da história**

O método de análise das transformações do conteúdo propriedade através da história, na linha apontada pelo jurista austríaco do início do século XX, Karl Renner, foi adotado no presente trabalho, qual seja, o materialista-histórico. Deve-se observar, inicialmente, que esta opção metodológica na abordagem do instituto tem o condão de tentar demonstrar as contradições

existentes nas sociedades, proporcionando uma visão totalizante da realidade. Portanto, para além de mero método ou forma, é, sobretudo, conteúdo.

É no prefácio da obra “Para a crítica da economia política” que Karl Marx formulou, definitivamente, a essência do materialismo histórico, cuja longa transcrição é válida:

[...] na produção social da sua vida os homens entram em determinadas relações, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a uma determinada etapa de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem determinadas formas da consciência social. O modo de produção da vida material é que condiciona o processo da vida social, política e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, inversamente, o seu ser social que determina a sua consciência. Numa certa etapa do seu desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou, o que é apenas uma expressão jurídica delas, com as relações de propriedade no seio das quais se tinham até aí movido. De formas de desenvolvimento das forças produtivas, estas relações transformam-se em grilhões das mesmas. Ocorre então uma época de revolução social. Com a transformação do fundamento econômico revoluciona-se, mais devagar ou mais depressa, toda a imensa superestrutura. Na consideração de tais revolucionamentos tem de se distinguir sempre entre o revolucionamento material nas condições econômicas da produção, o qual é constatável rigorosamente como nas ciências naturais, e as formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas ou filosóficas, em suma, ideológicas, em que os homens ganham consciência deste conflito e o resolvem. Do mesmo modo que não se julga o que um indivíduo é pelo que ele imagina de si próprio, tão-pouco se pode julgar uma tal época de revolucionamento a partir da sua consciência, mas se tem, isso sim, de explicar esta consciência a partir das contradições da vida material, do conflito existente entre forças produtivas e relações de produção sociais. Uma formação social nunca decai antes de estarem desenvolvidas todas as forças produtivas para as quais é suficientemente ampla, e nunca surgem relações de produção novas e superiores antes de as condições materiais de existência das mesmas terem sido chocadas no seio da própria sociedade velha. Por isso a humanidade coloca sempre a si mesma apenas as tarefas que pode resolver, pois que, a uma consideração mais rigorosa, se achará sempre que a própria tarefa só aparece onde já existem, ou pelo menos estão no processo de se formar, as condições materiais da sua resolução. Nas suas grandes linhas, os modos de produção asiático, antigo, feudal e, modernamente, o burguês podem ser designados como épocas progressivas da formação econômica e social. As relações de produção burguesas são a última forma antagônica do processo social da produção, antagônica não no sentido de antagonismo individual, mas de um antagonismo que decorre das condições sociais da vida dos indivíduos; mas as forças produtivas que se desenvolvem no seio da sociedade burguesa criam, ao mesmo tempo, as condições materiais para a resolução deste antagonismo. Com esta formação social encerra-se, por isso, a pré-história da sociedade humana.

Em consonância com o entender de Karl Marx no prefácio de “Para a crítica da economia política”, Karl Renner baseia sua obra, segundo José Reinaldo de Lima Lopes, na ideia de que as “normas jurídicas e o ordenamento jurídico podem entrar em contradição com as relações sociais ou forças de produção”, cuja contradição origina um choque entre as relações de produção e as forças produtivas. Isso porque as mudanças jurídicas podem não estar sempre de acordo com as contínuas transformações econômicas.

Assim sendo, o substrato da realidade para a qual corresponde a norma jurídica pode ficar em desacordo com o que exige o desenvolvimento econômico, motivo pelo qual pode-se dizer que ele postula a autonomia da função social à norma.

José Reinaldo de Lima Lopes, ao analisar o entender de Karl Renner quanto ao sentido que ele confere à função social, faz o seguinte apontamento:

A ‘função social’ de que fala RENNENR deve entender-se como os ‘efeitos’ sociais de um instituto jurídico sobre a sociedade como um todo. ‘Se relacionarmos todos os efeitos específicos de uma instituição jurídica sobre a sociedade como um todo, as funções individuais parciais fundem-se numa única função social. A finalidade explícita das normas, isto é, o efeito para o qual são criadas, pode sofrer várias espécies de distorção: uma é a manipulação ou mentira, pura e simples, o que não é objeto de indagação de RENNENR. A outra é a sua alteração por fatores extrajurídicos, mais especificamente econômicos.

Mais adiante, ele conclui:

A consequência desta investigação é óbvia: dado que se constata (com o auxílio da história) que as normas se tornaram uma moldura vazia (p. 92), visto que ocorreu no substrato uma alteração verdadeiramente revolucionária (p. 88), a continuidade da produção exige a mudança (reforma) do direito. Indo além, esta investigação histórica é capaz de mostrar que as normas jurídicas permanecem inalteradas mas têm a sua função pervertida: sendo no tempo dos artesãos a propriedade privada era mecanismo de progresso, no tempo do capital financeiro a propriedade privada tornou-se fonte de atrito, incapaz de estimular a produção, porque contraditória com o movimento social de seu tempo. Está aqui outro núcleo da teoria da mudança de RENNENR: existe um ritmo de mudanças econômicas e um outro ritmo de mudanças jurídicas.

Nesse diapasão, o conteúdo da propriedade foi alterado sensivelmente no transcorrer dos séculos, a despeito de sua aparente hígidez. Esse é o entendimento do já mencionado civilista austromarxista, segundo o qual “within a few generations this substratum has been completely revolutionised”. Para tanto, demonstra:

Let us begin with this cardinal fact: the Law of property has not changed. The Code Civil, the Prussian Land Law, the Austrian Civil Code and so forth – all these codifications which record the victory of the property norms, contain norms which are still valid to-day. The property norms of the new German code are even somewhat more strict than those of the earlier codifications. There has been no change of norms.

Para Karl Renner, a parcela imutável conteúdo da propriedade, ou seja, a função para o qual existe este instituto, está vinculado ao conceito de capital, ao qual pressupõe o trabalho humano enquanto um fator de produção no desigual processo de trocas econômicas, direcionando-se na obtenção do lucro por parte do capitalista. Assim sendo, leciona:

In general terms, the object of ownership is nothing but a technical tool to the wage labourer who gives it value but receives nothing in exchange; but to the capitalist owner it is title to surplus value, in the hands of the non-owner it has the function of production, and

in the hands of the owner merely the function of distribution. This function of distribution is the indestructible function of property. The capital function pure and simple of the object of ownership is to be title to surplus value. The economic and social function of the legal institution of property is precisely defined by the concept of capital function. Such is its innermost and indestructible core.

Em sentido contrário é o entender do jurista italiano Paolo Grossi, o qual refuta a relação entre a propriedade a que se referem os juristas e os economistas:

A propriedade dos juristas é um *quid* qualitativamente diferente não porque os juristas pensam diferente mas porque colhem do nó emaranhado e complicado da propriedade somente certos aspectos e não outros; a propriedade dos juristas é sobretudo poder *sobre* a coisa, enquanto a propriedade dos economistas é sobretudo riqueza, renda *da* coisa. E quando se misturam indevidamente os dois perfis, sem cautelas, sem respeito pelas individualidades objetivas de uma e da outra, resulta um discurso obscuro e equívoco, que no plano científico não beneficia realmente a ninguém.

Entretanto, esta visão é evidentemente equivocada, uma vez que as diferentes abordagens pelas quais os vários campos do conhecimento podem realizar sobre um objeto não torna a propriedade coisa diversa.

Logo, pode-se dizer que o citado jurista confunde sujeito e objeto. Os sujeitos são os distintos observadores, advindos das mais diversas áreas, e o objeto, por conseguinte, é a propriedade. Assim sendo, por óbvio, tratam os juristas e os economistas acerca do mesmo objeto. Cumpre ressaltar, de passagem, o conceito de Antonio Manuel Hespanha acerca do “juridicismo”, ideia predominante no século XIX, segundo a qual poderia o direito estar desvinculado a fatores sociais, tendente a justificar o ideário burguês.

Com efeito, a partir da análise das relações entre economia, direito e história, são observadas as transformações da propriedade, tanto no tocante ao seu conteúdo, quanto ao seu aspecto legal.

Assim sendo, passa-se à análise histórica deste instituto, levando-se em consideração sua transmutação nos distintos e sucessivos modos de produção.

## 1.2 A propriedade nos estágios pré-históricos da civilização

Na lição de Friedrich Engels, ancorado nos estudos de Lewis Henry Morgan, pode-se concluir pela existência de dois estágios pré-históricos, anteriores à civilização, quais sejam, o estado selvagem e a barbárie.

Friedrich Engels leciona que o primeiro estágio, o estado selvagem, pode ser classificado como aquele em que o homem, predominantemente, retirava (ou se apropriava), dos produtos de subsistência já prontos da natureza. Foram criados, além disso, instrumentos a se facilitar esta apropriação e a própria continuidade da vida humana. Neste estágio se deu, sucessivamente, a formação da linguagem articulada, o uso do fogo, a utilização de toscos instrumentos de pedra (lascada), a invenção das primeiras armas, o arco e a flecha e a arte da cerâmica. Para o mencionado autor, “todos esses progressos são encontrados, por exemplo, entre os índios do noroeste da América”.

Deste estágio, tem-se que a sociedade se relacionava a partir do casamento por grupos, e não o que pressupunha Morgan, segundo o qual existia um estado de promiscuidade e comércio sexual sem limites. Pelo contrário. Segundo Karl Marx, citado na clássica obra de Engels, “nos tempos primitivos, a irmã era esposa e isso era moral”. Por outro lado, nesta espécie de família observa-se a separação da tribo de acordo com a geração dos indivíduos, isto é, as avós e os avôs, os pais e as mães e os filhos e filhas se relacionavam entre si, excluindo-se, portanto, as relações entre gerações distintas.

No entanto, afirma Friedrich Engels que não há dados que comprovem efetivamente a existência da família consanguínea, mas “nos obriga a reconhecer que ela deve ter existido é o sistema de parentesco havaiano, ainda hoje em vigor em toda a Polinésia e que expressa graus de parentesco consanguíneo que só podem ter surgido com essa forma de família”.

Deve-se atentar que na família consanguínea, apesar de não se ter o conhecimento de quem seria o pai, sabia-se identificar a mãe, ainda que os indivíduos circunscritos em cada geração considerassem-se irmãos e irmãs. Para tanto, explica Engels:

Em todas as formas de família por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é a mãe. Muito embora ela chame seus filhos a todos os da família comum e tenha para com eles deveres maternais, a verdade é que sabe distinguir seus próprios filhos dos demais. É claro, portanto, que, em toda parte onde subsiste o casamento por grupos, a descendência só pode ser estabelecida do lado materno, e, portanto, reconhece-se apenas a linhagem feminina. De fato, é isso que ocorre com todos os povos que se encontram no estado selvagem e na fase inferior da barbárie; ter sido o primeiro a descobrir isso é o segundo grande mérito de Bachofen. Ele designa direito

materno esse reconhecimento exclusivo da filiação materna e as relações de herança dele resultantes.

Por conseguinte, diz Engels, a evolução da família e da sociedade fez desaparecer as relações sexuais entre irmãos, inclusive entre os colaterais, a qual se classifica como família panalutana. Neste estágio, deve ser considerado o casamento por grupos, tal qual existia na família consanguínea. Logo, identifica-se o indivíduo a partir da linha materna de ascendência. Este grau de evolução, diferentemente da família anterior, pôde ser observada no Havai e nas tribos americanas, cujos estudos devem ser atribuídos a Morgan, e na Austrália, a Lorimer Fison.

Ao se tornarem mais complexas as relações de parentesco no emaranhado das famílias, direcionaram-se elas, paulatinamente, para a chamada família pré-monogâmica. Surgida no limiar entre o estado selvagem e a barbárie, já era observável o casamento entre homem e mulher, dando fim aquele entre grupos. Assim sendo, agora, o filho possuía não somente a autêntica mãe, mas também o autêntico pai.

Assevera Engels, que a domesticação de animais e o desenvolvimento da agricultura fez aparecer, conseqüentemente, maior fartura na alimentação, multiplicando-se as populações. Este excedente alimentar, por outro lado, implicou no aparecimento de uma espécie de propriedade dos rebanhos e terras, o que já podia ser constatado por meio de documentação histórica. Nesse contexto, sobre a família, que passava por uma nova configuração e a propriedade que tentava nascer, escreve Engels:

Dessa forma, à medida que as riquezas iam aumentando, por um lado conferiam ao homem uma posição mais importante que aquela da mulher na família e, por outro lado, faziam com que nele surgisse a ideia de valer-se dessa vantagem para modificar, em favor dos filhos, a ordem tradicional da herança. Isso era, porém, impossível de se realizar enquanto permanecesse em vigor a descendência segundo o direito materno. Esse direito teria de ser supresso, e assim o foi. E isso não foi tão difícil quanto hoje possa parecer. Essa revolução, uma das mais profundas que a humanidade já conheceu, não teve necessidade de tocar em nenhum dos membros vivos da *gens*. Todos os membros da *gens* puderam continuar sendo o que haviam sido até então. Bastou decidir simplesmente que, para o futuro, os descendentes de um membro masculino deveriam permanecer na *gens*, mas os descendentes de um membro feminino deveriam ser excluídos dela, passando para a *gens* do pai. Desse modo, foram abolidos a instituição da descendência por linha feminina e o direito hereditário materno, sendo substituídos pelo direito hereditário paterno e pela linha de descendência masculina.

Cumprе ressaltar, a despeito do entender de muitos autores, segundo os quais a propriedade sempre esteve presente na história da humanidade, esta ideia não é respaldada pelos estudos de Engels e Morgan, conforme demonstrada no decorrer deste item.

O estágio seguinte, o monogâmico, “com seus complementos, o adultério e a prostituição”, corresponde ao fim da barbárie e ao início da civilização. O aparecimento desta fase é constatado, sobretudo, na Grécia e Roma antigas, como se passa a demonstrar.

- **A propriedade greco-romana**

Ainda sustentando-se na obra clássica de Friedrich Engels, este estágio civilizatório, o monogâmico, surgiu da necessidade de se garantir o direito do pai em transferir os seus bens após a sua morte ao seu filho.

Considera ele também que esta seria a primeira forma de relacionamento não baseada no amor individual sexual, mas em condições econômicas, com o fito de garantir a propriedade. Assim, afirma que “quando a propriedade privada passou a preponderar sobre a propriedade coletiva, quando os interesses da transmissão por herança fizeram surgir predomínio do direito paterno e da monogamia, o casamento começou a depender inteiramente das condições econômicas”.

De mãos dadas e sempre interdependente ao direito proprietário, desponta conjuntamente o direito de herança. Por esta razão, afirma o citado historiador:

Surge, conforme demonstrado, da família pré-monogâmica, no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie. Seu triunfo definitivo é uma das características da civilização nascente. Baseia-se no domínio do homem com a finalidade expressa de procriar filhos cuja paternidade fosse indiscutível e essa paternidade é exigida porque os filhos deverão tomar posse dos bens paternos, na qualidade de herdeiros diretos. A família monogâmica se diferencia do casamento pré-monogâmico por uma solidez muito maior dos laços conjugais que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes. Agora, como regra, só o homem pode rompê-los e repudiar sua mulher. Ao homem, igualmente, é concedido o direito à infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume (o Código de Napoleão outorga-o expressamente ao homem, desde que ele não traga a concubina ao domicílio conjugal), e esse direito se exerce cada vez mais amplamente, à medida que se processa o desenvolvimento social. Quando a mulher, por acaso, recorda as antigas práticas sexuais e tenta renová-las, é punida mais rigorosamente do que nunca.

Para o jurista Fábio Konder Comparato, “a ideia de propriedade privada, em Roma ou nas cidades gregas da antiguidade, sempre foi intimamente ligada à religião, à adoração do deus



do lar, que tomava posse de um solo e não podia ser, desde então, desalojado”. Nesse contexto, entende ele que a propriedade fazia parte da constituição social da sociedade, de forma que outros cidadãos ou governantes deveriam se abster de praticar quaisquer atos pudessem interferir no seu direito. Reside aí, portanto, a justificação para o caráter exclusivo da propriedade greco-romana.

Tendo em vista esta configuração da propriedade romana e grega antigas, continua ele, coerentemente:

Seja como for, o núcleo essencial da propriedade, em toda a evolução do direito privado ocidental, sempre foi o de um poder jurídico e exclusivo de um sujeito de direito sobre uma coisa determinada. No direito romano arcaico, este poder fazia parte das prerrogativas do *paterfamilias* sobre o conjunto dos escravos e bens (*família pecuniaque*), que compunham o grupo familiar. Prerrogativas soberanas, porque absolutas e ilimitadas, imunes a qualquer encargo, público ou privado, e de origem sagrada, por força de sua vinculação com o deus-lar.

Neste diapasão, impende destacar a passagem da clássica obra “A Cidade Antiga”, de Numa Denis Fustel de Coulanges, relacionando-se a propriedade privada, a religião e a família:

Há três coisas que, desde as mais antigas eras, encontram-se fundadas e solidamente estabelecidas nas sociedades grega e itálica: a religião doméstica, a família, o direito de propriedade; três coisas que tiveram entre si, na origem, uma relação evidente, e que parecem terem sido inseparáveis.

A idéia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar e seus antepassados. Esses deuses não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; eram sua propriedade exclusiva.

Mais adiante, Fustel de Coulanges afirma:

De todas essas crenças, de todos esses costumes, de todas essas leis, resulta claramente que foi a religião doméstica que ensinou o homem a se apropriar da terra, e que lhe assegurou direitos sobre a mesma.

Constata-se que o eixo central da análise da propriedade por Fustel de Coulanges em “A Cidade Antiga” é a crença, a religião, indo de encontro ao seu caráter histórico e em consonância ao sistema econômico que determina, no plano jurídico, o seu respectivo contorno.

Sendo assim, as organizações proprietárias gregas e romanas possuem importantes traços em comum, motivo pelo qual tratou-se de serem investigadas conjuntamente.

Por outro lado, deve-se ressaltar a importância da abordagem da propriedade do povo romano, uma vez que foi ela importante arcabouço teórico na cultura jurídica da baixa Idade Média, ao serem resgatadas pelos glosadores, em especial Bártolo de Sassferrato.

Deste modo, em linhas gerais, Maria Helena Diniz traça as formas pelas quais a propriedade privada existiu na Roma antiga:

Na era romana preponderava um sentido individualista de propriedade, apesar de ter havido duas formas de propriedade coletiva: a da *gens* e a da família. Nos primórdios da cultura romana a propriedade era da cidade ou *gens*, possuindo cada indivíduo uma restrita porção de terra (1/2 hectare), e só eram alienáveis os bens móveis. Com o desaparecimento dessa propriedade coletiva da cidade, sobreveio a da família, que, paulatinamente, foi sendo aniquilada ante o crescente fortalecimento da autoridade do *pater familias*. A propriedade coletiva foi dando lugar à privada, passando pelas seguintes etapas, que Hahnemann Guimarães assim resume: 1º) propriedade individual sobre os objetos necessários à existência de cada um; 2º) propriedade individual sobre os bens de uso particular, suscetíveis de serem trocados com outras pessoas; 3º) propriedade dos meios de trabalho e de produção; e 4º) propriedade individual nos moldes capitalistas, ou seja, seu dono pode explorá-la de modo absoluto.

Consigna o romanista Luiz Antonio Rolim que a propriedade romana, até o Imperador Justiniano, subdividia-se em propriedade quirritária, pretoriana, provincial e peregrina. A respeito da organização proprietária na Roma antiga, leciona:

A maior parte das terras do Estado estavam nas mãos das famílias patrícias (*gens*) e formavam grandes propriedades coletivas. Essas áreas de terras eram divididas em: a) *saltus*, que compreendiam os pastos e os bosques, e b) *fundus* ou *Villa*, que eram os terrenos cultiváveis.

Era comum os patrícios aumentarem suas propriedades apropriando-se de *res nullius*, ou seja, das terras “sem dono”, passando a ter sobre elas o *jus utendi* (direito de posse).

O direito de propriedade sofreu diversas modificações nas diversas fases do direito, sempre se adaptando às constantes alterações sócio-político-econômicas ocorridas durante a história do povo romano. Como consequência da conquista de outros povos, o *ager publicus* cresceu consideravelmente e os patrícios (depois os plebeus) passaram a ter o direito de ocupá-las para fins agrícolas. Aquele que permanecesse algum tempo nessas terras longínquas, arrendadas pelo Estado, passava a ter sobre elas o *possessio* (direito de posse) e, posteriormente, o *dominium*, que significava o poder absoluto sobre a coisa possuída.

Além disso, é lugar comum nas principais doutrinas nacionais imputar à propriedade romana um caráter meramente individualista, relacionando-a àquela conhecida pós-Revolução Francesa. Esta análise, conforme já demonstrado, tendo como parâmetro o ideário de Karl Renner, deve ser rechaçada de pronto, visto o abismo conceitual entre os modos de produção escravista e capitalista.

Nesse sentido, segundo José Isaac Pilati, esta tese é descabida, pois “considerar a experiência romana de propriedade quiritária como lugar de origem da propriedade da Revolução Francesa é apenas uma falácia de caráter ideológico, em que se acreditou por necessidade e conveniência”.

Por conseguinte, explica:

As relações patrimoniais romanas estavam baseadas na perpetuação das famílias em primeiro plano e não do indivíduo, motivo pelo qual o Direito Romano aplicava *ius e faz*: tanto a propriedade tinha esse cunho coletivo, que os testamentos eram aprovados pelo pontífice e depois por todos os cidadãos *in comitiis calatis*, no interesse da urbe, do culto e da família.

Com as invasões bárbaras e o colapso do sistema econômico escravista, organizou-se um novo modo de produção, o feudal, consoante se explora no próximo item.

#### **1.4 A propriedade feudal**

O surgimento do feudalismo, principalmente no que concerne a forma de organização econômica da Europa ocidental, veio a romper a noção de propriedade unitária e exclusiva do povo romano.

Para Orlando Gomes, há concorrência de proprietários, revelando-se por meio do binômio domínio útil e domínio eminente. Este, o senhor feudal, concede àqueles, os servos, o direito de exploração econômica de suas terras, para em compensação receber em pagamento pesados tributos e serviços diversos. Por esta razão, afirma possuir o servo uma “propriedade paralela”, ou seja, subsistem diversas espécies de domínio sobre a propriedade feudal.

Não obstante o respeitável entendimento de que seria a propriedade feudal uma “propriedade paralela”, vale destacar a doutrina de Clóvis Beviláqua:

O feudalismo imprimiu feição particular na propriedade. A princípio, os feudos foram simples benefícios dados em usufruto, sob a condição de serem prestados certos serviços, principalmente militares. Eram temporários ou vitalícios; mas, depois, tornavam-se perpétuos, indivisíveis e somente transmissíveis pela linha masculina. A terra pertencia ao senhor; a terra era o fundamento do poder, da autoridade. O senhor, concedendo terras,

obtinha homens, que lhe deviam prestações, e consequentemente, eram seus vassalos. Por sua vez, o feudatário, com o desenvolvimento do regimen, podia fazer concessões semelhantes, a vassalos seus, continuando, sempre, vinculado às obrigações, que lhe impuzera o suzerano.

Nesse mesmo contexto, também leciona Valcir Gassen:

Como na Idade Média, ‘não existindo uma autoridade central dotada de um poder efetivo, reina em todos os níveis aquela ‘confusão da soberania e da propriedade’ que é típica do Feudalismo: o proprietário de terras assume poderes políticos sobre os camponeses que trabalham nas suas terras, impondo uma série de limitações às suas liberdades pessoais. Assim, o modo de produção escravista é substituído pelo feudal: ao escravo sucede o servo, que goza de liberdade pessoal parcial, da Propriedade parcial dos meios de produção (instrumentos de trabalho, animais) e de uma certa autonomia na gestão da sua pequena empresa agrícola.

O auge do modo de produção feudal ocorreu na alta idade média, entre os séculos X e XII, com uma sensível transformação do direito e da propriedade. Sobre sua organização social, política e econômica, leciona Argemiro Cardoso Moreira Martins, cuja longa citação é válida:

Com o pleno desenvolvimento do feudalismo nos séculos X, XI e XII de nossa era, e o conseqüente enfraquecimento do poder real – principalmente após a divisão do reino dos francos em 843 d.C. –, a Europa Ocidental transforma-se numa multiplicidade de pequenos senhorios economicamente auto-suficientes, comandados por nobres belicosos que mantinham exércitos próprios. O poder real, apesar de ocupar um lugar no topo da hierarquia medieval, era incapaz de impor a sua vontade aos nobres, o que gerou o desmembramento do poder judicial nas mãos dos senhores feudais. Desta forma, o direito fica adstrito às relações feudo-vassálicas, ou seja, as relações dos senhores com os seus servos. O costume passa a ser a fonte por excelência do direito feudal. Inexistiram escritos jurídicos nos séculos X e XI. Mesmo os contratos, que estão na base dos laços de vassalagem e servidão, raramente eram escritos, salvo algumas instituições eclesiásticas que redigiam os atos que lhes interessavam. Aliás, à parte alguns clérigos, ninguém sabia escrever; os juizes leigos eram incapazes de ler textos jurídicos. A justiça é feita, na maior parte das vezes, apelando para a vontade divina; é a época dos ordálios e dos duelos judiciais. Todos os vestígios do direito romano desaparecem por volta do século X, exceto em algumas regiões de forte tradição latina, como a Itália, Espanha e sul da França, onde sobrevivem sob a forma de costumes locais.

Apesar de se revelar profundamente distinta a propriedade dos tempos antigos em relação à propriedade medieval, deve-se pontuar a recepção do direito romano ocorrida posteriormente, na baixa idade média.

Para tanto, afirma John Gilissen que “um factor que influenciou profundamente a evolução do direito na Europa, foi o renascimento do direito romano a partir do século XII; começou na Itália, desenvolveu-se em França, na Alemanha, na Polônia [...]”.

Para Argemiro Cardoso Moreira Martins, a recepção do direito romano no fim da Idade Média se deu por diversos motivos, os quais se passa a examinar.

O primeiro refere-se a fatores culturais, cuja tradição jurídica romana foi ponto comum entre os diferentes povos europeus, tendente a criar um espírito de identidade cultural entre eles. Para o mencionado autor, este fator seria uma “expressão de uma cultura genuinamente européia”.

A segunda causa deve-se a fatores econômicos, visto que no final da Idade Média desenvolvia-se com mais intensidade o comércio, surgindo então o mercantilismo. Tem-se que as leis romanas favoreciam as trocas comerciais, as quais estabeleciam normas escritas e procedimentos judiciais mais seguros a elas.

Por conseguinte, a razão política é vinculada ao surgimento do absolutismo, pois servia o direito romano a legitimar o poder absoluto nascente e à classe burguesa em ascensão, pois “a estrutura jurídico romana, [...], correspondia, [...], por um lado, à evolução autoritária e inquestionável do poder político, enquanto, por outro, garantia a autonomia dos agentes econômicos na esfera privada”.

Da mesma forma, fatores sociológicos se fazem presentes, ligados à necessidade de na época burocratizar os estados centralizados absolutistas, “onde o direito romano constituiu forte instrumento de centralização administrativa, dada a sua característica estrutura hierárquica, composta por normas escritas emanadas de um poder central regulador”.

Por último, os fatores epistemológicos serão relacionados ao trabalho realizado pela Escola dos Glosadores e dos comentadores do século XIV, que puderam sistematizar e organizar a criação jurídica romana, “que mais tarde foi fundado em uma razão de cunho jusnaturalista, desenvolvida pelos filósofos modernos dos séculos XVII e XVIII.

Assim sendo, a redescoberta do direito e a crescente classe burguesa foram tomando o espaço do direito descentralizado e costumeiro da Idade Média, até o advento da Revolução Francesa de 1789, que fez ruir, definitivamente, era feudal.

## **1.5 A propriedade moderna burguesa**

Através da história, observou-se a contínua ascensão e derrocada dos modos de produção, subsistindo, neste momento, o modo de produção capitalista, fundado na livre circulação de bens e mercadorias e na propriedade privada.

Foi a partir da Revolução Burguesa na França que a propriedade privada ganhou este contorno absoluto, sagrado e extremamente individualista, conforme se observa do artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.

Pode ser também verificado este caráter proprietário no Código Napoleônico, em seu art. 544, *in verbis*: “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos”.

Contudo, este ideário liberal insculpido na Declaração de 1789 e no Código de Napoleão foi construído por cerca de três séculos, ancorado em pensadores diversos, principalmente em Jean Bodin e John Locke, no tocante à propriedade privada.

Jean Bodin, o teórico da soberania, defende que o poder absoluto e perpétuo são próprios do Estado, porém este poder encontra óbice no direito de propriedade privada. A esse respeito, Norberto Bobbio transcreve trecho da obra “De La République”:

"Se o príncipe soberano não tem o poder de ultrapassar os limites das leis naturais, estabelecidas por Deus - de que ele é urna imagem - só poderá tomar os bens alheios se tiver motivo justo e razoável: mediante compra, troca ou confisco legítimo; ou para a salvação do Estado.. Não havendo as razões mencionadas, o rei não poderá apropriar-se da propriedade alheia, dispondo da mesma sem o consentimento do proprietário".

Nesse contexto, a propriedade aparece quase que intocável ao soberano, elevando-se ao próprio fundamento da soberania do Estado Moderno. A respeito deste autor, Caramuru Afonso Francisco, afirma:

Para ele, a República era o reto governo de várias famílias e do que lhes é comum com poder soberano. Afastava, assim, do domínio do Estado o que era próprio de cada um dos chefes de família, ou seja, a sua propriedade, pois esta se erigia, então, mesmo para um teórico do direito divino dos monarcas, como obstáculo à atuação do governo: ‘a administração doméstica é o reto governo de várias pessoas e dos lhes é próprio sob a obediência de um chefe de família’.

Conjuntamente com o citado pensador, John Locke defende o Estado como garantidor do direito de propriedade do indivíduo, cujo direito seria preexistente à própria sociedade organizada politicamente.

Para John Locke, ao retirar um objeto da natureza e transformá-lo em coisa diversa, passa a ser sua propriedade, excluindo todos os outros ao acesso do bem. Para tanto, afirma que “o trabalho de removê-los daquele estado comum em que estavam fixou meu direito de propriedade sobre eles”. Na mesma linha, diz que ao trabalhar na terra, passa a ser também sua, pelo mesmo critério já estabelecido, o trabalho.

Deve ser pontuado que o direito de propriedade em John Locke é eminentemente justificado pelo divino, como um direito natural ao homem. Nesse sentido, justifica ele:

Da mesma forma que Deus, ao dar a ordem para subjugar as coisas, habilitou o homem a se apropriar delas. A condição da vida humana, que necessita de trabalho e de materiais para serem trabalhados, introduz forçosamente as posses privadas.

Nos séculos XVIII e XIX começam a surgir doutrinas socializantes da propriedade, tendentes a diminuir o absoluto e quase que intocável direito de propriedade, relativizando-a.

Dentre outras doutrinas socializantes da propriedade que isoladamente foram surgindo no decorrer destes séculos, foi a partir do catolicismo político de Jacques Maritain e na doutrina de Emmanuel Mounier, que efetivamente se iniciaram algumas contribuições para a formação de uma ideia segundo a qual recaía sobre a propriedade privada um encargo social.

A Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, foi uma resposta a pressões populares da segunda metade do século XIX, resultantes das péssimas condições de vida dos trabalhadores da época e do recrudescimento da doutrina socialista.

A Encíclica, ao sustentar a propriedade como direito natural do homem, defendia a caridade dos cristãos como forma de solucionar a problemática social:

“A propriedade particular, já o dissemos mais acima, é de direito natural para o homem: o exercício deste direito é coisa não só permitida, sobretudo a quem vive em sociedade, mas ainda absolutamente necessária. Agora, se se pergunta em que é necessário fazer consistir o uso dos bens, a Igreja responderá sem hesitação: «A esse respeito o homem não deve ter as coisas exteriores por particulares, mas sim por comuns, de tal sorte que facilmente dê parte delas aos outros nas suas necessidades. E por isso que o Após-tolo disse: «Ordena aos ricos do século... dar facilmente, comunicar as suas riquezas».

Ninguém certamente é obrigado a aliviar o próximo privando-se do seu necessário ou do de sua família; nem mesmo a nada suprimir do que as conveniências ou decência Impõem à sua pessoa: «Ninguém com efeito deve viver contrariamente às conveniências». Mas, desde

que haja suficientemente satisfeito à necessidade e ao decoro, é um dever lançar o supérfluo no seio dos pobres: «Do supérfluo dai esmolas». É um dever, não de estrita justiça, excepto nos casos de extrema necessidade, mas de caridade cristã, um dever, por consequência, cujo cumprimento se não pode conseguir pelas vias da justiça humana. Mas, acima dos juízos do homem e das leis, há a lei e o juízo de Jesus Cristo, nosso Deus, que nos persuade de todas as maneiras a dar habitualmente esmola: «É mais feliz», diz Ele, «aquele que dá do que aquele que recebe», e o Senhor terá como dada ou recusada a Si mesmo a esmola que se haja dado ou recusado aos pobres: «Todas as vezes que tendes dado esmola, a um de Meus irmãos, é a Mim que a haveis dado». Eis, aliás, em algumas palavras, o resumo desta doutrina: Quem quer que tenha recebido da divina Bondade maior abundância, quer de bens externos e do corpo, quer de bens da alma, recebeu-os com o fim de os fazer servir ao seu próprio aperfeiçoamento, e, ao mesmo tempo, como ministro da Providência, ao alívio dos outros. «E por isso, que quem tiver o talento da palavra tome cuidado em se não calar; quem possuir superabundância de bens, não deixe a misericórdia entumecer-se no fundo do seu coração; quem tiver a arte de governar, aplique-se com cuidado a partilhar com seu irmão o seu exercício e os seus frutos»”.

Apesar desses pequenos sinais de busca da função social da propriedade contidos na Encíclica, é ao pensador positivista Auguste Comte que se atribui a formulação da idéia da função social da propriedade, junto ao filósofo do direito Léon Duguit, tido como principal postulador da ideia de que a propriedade deveria cumprir uma função social.

Para Léon Duguit, “o próprio direito de propriedade só deve ser atribuído a certos indivíduos que se encontrem numa característica situação econômica, como poder de desempenhar livremente a missão social que lhes cabe em virtude da sua situação especial”.

Nesse ponto, começaram a se desenhar, no século XX, constituições nacionais que visavam impingir ao proprietário deveres ao bem comum. Nesse mesmo bojo, apresenta-se a Constituição da República do Brasil de 1988, dentre outras que se passa a analisar.



## **2 CONTORNOS GERAIS ACERCA DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL**

### **2.1 As Constituições da República e a propriedade**

É nítida a preocupação do legislador, no bojo da Constituição Federal, Democrática e Social, intervencionista e garantidora do estado de bem-estar social, em criar mecanismos de correção de desigualdades naturalmente provocadas pelo sistema econômico. O legislador originário fez constar como objetivo fundamental da República “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III), assim como também o é como princípio da atividade econômica. Não obstante, extrai-se do mesmo dispositivo: “promover o bem de todos” (art. 3º, IV) e promover a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), bem como “assegurar a todos existência digna” (art. 170, “caput”).

Exsurge dessas normas, por conseguinte, os conceitos de justiça social e isonomia material, diametralmente opostos ao ideário liberalizante da justiça e isonomia formais. Ademais, a ideologia e a parafernália neoliberal, implementada no Brasil no decorrer dos anos de 1990, é veementemente repudiada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A esse respeito, acerca da intervenção do Estado no domínio econômico e social, detalhada no art. 170 da CR, explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

À vista dos dispositivos citados, é claro a todas as luzes que a Constituição brasileira apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo, pois não entrega a satisfatória organização da vida econômica e social a uma suposta (e nunca demonstrada) eficiência do mercado. Pelo contrário, declara que o Estado brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando a que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos apontados. Com isto, arrasa liminarmente e desacredita do ponto de vista jurídico quaisquer veleidades de implantação, entre nós, do ideário neoliberal. Aliás, uma verdadeira aberração do ponto de vista do neoliberalismo é o disposto no art. 219, de acordo com o qual: ‘O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal’.

Aparecem no texto normativo constitucional normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, com aplicação imediata (art. 5º, § 1º), assim como normas programáticas, com o fulcro de conferir ao Estado determinados objetivos a serem cumpridos, isto é, prestações de ordem positiva à sociedade.

A despeito deste entendimento de José Afonso da Silva acerca da presença de normas programáticas na Constituição da República, devem ser entendidas as normas constitucionais como imediatamente vinculantes e possuidoras de inegável imperatividade.

Para tanto, colaciona-se clássica passagem de Ruy Barbosa:

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras.

Nesse sentido, não se pode entender a Constituição Federal de 1988 como simples “constituição dirigente”, pois ela confere efetivamente ao Estado a obrigação de buscar e concretizar uma democracia substancial.

A esse respeito, sobre o contexto histórico que a Constituição está atualmente inserida, a partir do século XX, viu-se a progressiva derrocada das Constituições liberais, na medida em que os governantes e os constitucionalistas se viram obrigados a encontrar soluções para os crescentes conflitos sociais, que despontavam simultaneamente ao recrudescimento de movimentos revolucionários, socialistas e anarquistas, e ao “mau” exemplo soviético.

As constituições do início do último século, mais especificamente após a Primeira Grande Guerra, com destaque às Constituições Mexicana (1917), e, principalmente, da República de Weimar (1919), começaram a apresentar normas programáticas e a preocuparem-se com os direitos sociais. Assim faz constar Paulo Bonavides:

Quando as Constituições do liberalismo, ao construírem um Estado de Direito sobre bases normativas, pareciam haver resolvido a contento, durante o século XIX, esse desafio, eis que as exigências sociais e os imperativos econômicos, configurativos de uma nova dimensão da Sociedade a inserir-se no corpo jurídico dos textos constitucionais, trouxe à luz a fragilidade de todos os resultados obtidos. As antigas Constituições, obsoletas ou ultrapassadas viram então criar-se ao redor de si o clima da programaticidade com que os modernos princípios buscavam cristalizar um novo direito, por onde afinal se operou a elaboração das Constituições do século XX: inaugurava-se assim a segunda fase – até agora não ultrapassada de programaticidade das Constituições. Programaticidade que nós queremos seja ‘jurídica’, e não ‘programática’, isto é, sem positividade.

Direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo por inteiro distinto, desconhecido ao Direito Constitucional clássico. Mas dificilmente as declarações que os inseriam se prestavam a uma redução jurídica fácil, de modo a fazê-los ingressar no corpo da Constituição dotados já de aplicabilidade direta e imediata. Os princípios sociais enunciados pela Constituição oferecem obstáculos muito mais sérios a uma conversão em direitos subjetivos correlatos do que os antigos direitos da liberdade proclamados ao alvorecer do constitucionalismo liberal, conforme ponderou Virga com penetrante acuidade.

Assim, a Constituição da República de Weimar, no ano de 1919, incorporou definitivamente em discussões jurídicas a função social da propriedade, com a previsão consubstanciada na passagem “a propriedade obriga” (“Eigentum verpflichtet”).

Desta forma, a primeira previsão constitucional da função social da propriedade, ainda que de forma tímida e embrionária, ocorreu na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Esta Constituição, em seu artigo 17, assim dispunha: “é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”, colocando fim à visão estritamente individualista sobre a propriedade. A Constituição de 1934 foi promulgada no primeiro governo de Getúlio Vargas, ainda ressentindo-se o Brasil da crise que assolara o mundo em 1929. No bojo de pressões populares, bem como do próprio Estado de São Paulo, restabeleceu-se a democracia, trazendo garantias aos trabalhadores e direitos sociais relacionados à saúde, educação e cultura.

Passando-se em branco pela Constituição do Estado Novo de 1937, elaborada pelo jurista Francisco Campos, refletiu ela a tendência fascista, inspirada em regimes autoritários europeus, nela não foi impingida à propriedade qualquer gravame de ordem social, apesar de no art. 122, 14, desta Constituição, prever que a limitação e a definição do conteúdo da propriedade se dariam em leis infraconstitucionais.

Com a derrubada dos regimes fascistas europeus após a Segunda Grande Guerra, Getúlio Vargas foi substituído por Eurico Gaspar Dutra, o qual tratou de promulgar uma Constituição adequada à nova conjuntura internacional. Assim como o retorno de diversas garantias e direitos individuais retiradas na Carta de 1937, novamente condicionou-se, na Constituição de 1946, o uso da propriedade ao bem-estar social, em seu artigo 147, mas apresentou uma novidade: obrigou o Estado, já na esteira da onda de constituições dirigentes, a promover a justa distribuição da propriedade.

Foi somente na ditadura iniciada pelos militares em 1964, na Constituição de 1967, que a função social da propriedade foi incluída no rol dos princípios da ordem econômica, em seu inciso III, artigo 157, com o desígnio de promover e realizar a justiça social, mantendo-se, como se vê, o já cristalizado instituto. Não obstante, foi esta Carta Constitucional profundamente modificada com a Emenda Constitucional de 1969, na qual se repetiu tal a previsão. Deve-se pontuar, por outro lado, que tal dispositivo constitucional era somente satisfatoriamente suscitado ao se tratar da desapropriação com fins à reforma agrária.

A Constituição da República Federativa do Brasil atual, não somente fez permanecer a função social da propriedade como princípio da ordem econômica (art. 170, III), mas também a incluiu no rol do art. 5º, XXIII, como direito e garantia individual. Esta repetição, por certo, trouxe novos reflexos à configuração do instituto, no entender de José Afonso da Silva:

A propriedade atenderá a sua função social, diz o art. 5º, XXIII, para a propriedade em geral. Essa disposição bastava para que toda forma de propriedade fosse intrinsecamente permeada daquele princípio constitucional, mas a Constituição não se limitou a isso. Reafirmou a instituição da propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III), relativizando, assim, seu significado, como vimos. Além disso, inscreveu o princípio da função social da propriedade, com conteúdo definido em relação às propriedades urbana e rural, com sanções para o caso de não ser observado (arts. 182, 184 e 186) [...].

A inserção da função social no ordenamento jurídico brasileiro, como se observa, foi lenta e gradual, e somente na atual Constituição as espécies de propriedades, regra geral, passaram a ser condicionadas e justificadas a partir da realização da sua finalidade social. Extraí-se dessas suas características o conteúdo da propriedade e a sua dimensão promocional.

## **2.2 O conteúdo e a dimensão promocional da função social**

No âmbito da propriedade, para além das intervenções diretas do Estado na atividade econômica (com vistas à realização daqueles objetivos inscritos no artigo 3º da Constituição da República) e das limitações impostas pelo legislador, originário e derivado, ele também obrigou o próprio indivíduo a prestar contas à sociedade no tocante ao seu patrimônio.

Esta prestação de contas do proprietário se funda na completa transformação do conceito da propriedade, conforme ensina Orlando Gomes:

A resposta segundo a qual a função social da propriedade é antes uma concepção com eficácia autônoma e incidência direta no próprio direito consente elevá-la à dignidade de um princípio que deve ser observado pelo intérprete, tal como sucede em outros campos do Direito Civil, como o princípio da boa-fé nos contratos. É verdade que assim considerada se torna uma noção vaga, que todavia não é inútil na medida em que inspira a interpretação da atividade do proprietário. Nessa ótica, a ação do juiz substitui a do legislador, do Congresso ou da Administração Pública. O comportamento profissional do magistrado passa a ser, no particular, ‘uma ação de invenção e de adaptação’, como se exprime Lanversin definindo a ação pretoriana como um meio de realizar a modernização do direito. É verdade que, nessa colocação, se corre o risco de um uso alternativo do direito ou de uma resistência

empedernida. Como quer que seja, o preceito constitucional que atribui função social à propriedade não tem valor normativo porque não se consubstancia nas normas restritivas do moderno direito de propriedade, mas simplesmente se constitui no seu fundamento, na sua justificação, na sua *ratio*.

É nessa reformulação de conceito, em uma nova “ratio”, que se apresenta a função social da propriedade. O proprietário fica, nesse contexto, condicionado a utilizar a propriedade com a intenção de promover o bem-estar social.

É importante ressaltar, todavia, o entender do célebre teórico soviético no campo do direito, Evgeni Bronislávovich Pachukanis, o qual sustenta a hipocrisia dos juristas burgueses na defesa da função social da propriedade, por não haver, efetivamente, alterações substanciais no conceito de propriedade:

Gojchbarg, em seu comentário ao Código Civil da URSS, salienta que os juristas burgueses progressistas estão começando a considerar a propriedade privada não mais como um direito subjetivo arbitrário, mas sim como um bem posto à disposição da pessoa. Ele se refere diretamente a Duguit, o qual afirma que o possuidor do capital só deve ser juridicamente passível de proteção apenas porque exerce, mediante justa colocações do seu capital, funções socialmente úteis.

Tais considerações dos juristas burgueses são com efeito características, pois revelam o sintoma do declínio da época capitalista. Mas a burguesia, por outro lado, somente tolera tais considerações acerca das funções sociais da propriedade, porque elas em nada a comprometem. Antítese real da propriedade não é efetivamente a propriedade concebida como função social, mas a economia planificada socialista, isto é, a supressão da propriedade. A propriedade privada não encontra seu sentido, seu subjetivismo, no fato de ‘cada um comer o seu próprio pão’, isto é, não consiste no ato de consumo individual, mesmo que igualmente produtivo, mas na circulação, no ato de apropriação e de alienação, na troca de mercadorias em que o fim econômico-social não é senão o resultado cego de fins privados e de decisões privadas autônomas.

A explicação de Duguit, mediante a qual o proprietário deve ser protegido apenas quando cumpre as suas obrigações sociais, não tem, sob esta forma geral, qualquer sentido. No Estado burguês é uma hipocrisia, no Estado proletário é uma dissimulação dos fatos. Porque se o Estado proletário pudesse relegar diretamente cada proprietário à sua função, já o teria feito tomando aos proprietários o direito de dispor da própria propriedade. Porém, se economicamente é incapaz disso, ele deve proteger o interesse privado como tal e fixar-lhe apenas certos limites. Seria ilusório afirmar que qualquer indivíduo que tenha conseguido dentro das fronteiras da União Soviética acumular uma certa quantidade de dinheiro, é protegido pelas nossas leis e pelos nossos tribunais apenas porque encontrou ou encontrará uma utilização social proveitosa para a quantia acumulada. Aliás, Gojchbarg parece ter esquecido completamente a propriedade como capital, considerada na sua forma mais abstrata, monetária, raciocinando como se o capital não existisse a não ser sob a forma concreta de capital de produção. Os aspectos anti-sociais da propriedade privada não podem ser paralisados senão de fato, ou seja, mediante o desenvolvimento da economia planificada socialista, em detrimento da economia de mercado. Porém, nenhuma espécie de fórmula, ainda que seja tirada das obras dos mais progressistas juristas da Europa Ocidental, pode tornar socialmente úteis os contratos jurídicos firmados com base em nosso Código Civil e transformar cada proprietário em uma pessoa exercendo uma função social. Tal supressão verbal da economia privada e do direito privado tende apenas a obscurecer a perspectiva da sua supressão real.

Nessa ordem de ideias, Orlando Gomes não observa na função social “inspiração socialista, como se supõe, por desinformação, particularmente os socialistóides levianos ou contrabandistas de ideias”.

No entanto, apesar de ser válido e coerente o pensamento de Pachukanis, deve-se reconhecer que a efetivação da propriedade-função é um passo importante, ainda que acanhado, a melhoras significativas na produção e reprodução das condições de existência dos indivíduos, ao relativizar este direito nuclear ao próprio modo de produção capitalista, tornando ele desapropriável, expropriável ou nacionalizado com menor dificuldade.

Não se pode deixar de admitir, continuando coerentemente, que a imposição ao proprietário em utilizar a propriedade em favor da sociedade seja de todo infecunda na consecução dos objetivos da República e da busca por uma vida mais digna, portanto, efetivadora de uma democracia substancial.

É desse pensamento contrário ao individualismo, segundo José Isaac Pilati, que desponta a dimensão do coletivo “da função social da propriedade, que se projeta numa República Participativa, em face de bens coletivos e atores coletivos, com desenvolvimento baseado na sustentabilidade, em prol da segurança e do bem de todos, mediante normas de ordem pública e interesse social”.

Desse modo, Carlos Roberto Gonçalves pondera que a propriedade deixa de ter características de direito absoluto e ilimitado, transformando-se em direito com finalidade social. Desse entendimento também compartilha o jurista italiano Pietro Perlingieri, e vai além:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2º Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção ‘em ódio’ à propriedade privada, mas torna-se ‘a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito’, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular.

Assim sendo, pode-se dizer que o pensamento de Karl Renner se revela atual e aplicável. Explica-se. Entendendo-se a Constituição Federal, de cunho social e democrático, inserida no bojo de um Estado intervencionista e garantidor dos direitos e garantias ali inscritos, a propriedade, seja ela pública ou privada, é símbolo e fundamento do modo de produção capitalista.

Deste modo, ainda que privada, a propriedade deverá estar em consonância com uma economia solidarista e comprometida com a justiça social e a igualdade material. Reside aí, por conseguinte, o caráter positivo da função social.

Apesar desse sentido promocional da propriedade já estar bastante consolidado, parcela significativa de civilistas reluta em admiti-lo, fazendo-se confundir as limitações da propriedade com a função social que estrutura o seu conceito.

### **2.3 A distinção entre limitação jurídica e função social da propriedade**

Apesar de gravarem conjuntamente a propriedade, distinguem-se a função social e as limitações, uma vez que possuem distintos fundamentos. Neste sentido, entende José Afonso da Silva, que:

A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade.

Do mesmo entendimento compartilha Orlando Gomes, segundo o qual “as limitações atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância”.

Deste modo, mister analisar, detidamente, as espécies de limitação da propriedade previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, as limitações à propriedade são classificadas em dois grandes grupos:

a) no interesse de vizinhos (direitos de vizinhança, a que correspondem deveres de vizinhança), ou b) no interesse público, geral, ou administrativo (especial), ou de algum serviço não-estatal, que tenha interesse para o Estado.

As limitações da propriedade no interesse de vizinhos correspondem àquelas limitações em que preponderam as relações entre particulares, restringindo-se o uso anormal da propriedade (art. 1.277 a 1.281 do Código Civil); regulando-se a existência de árvores limítrofes

(art. 1.282 a 1.284 do Código Civil); da passagem forçada ao proprietário em imóvel encravado (art. 1.285 do Código Civil) e da passagem de cabos e tubulações (art. 1.286 e 1.287 do Código Civil); do regime de águas entre o imóvel superior e o inferior (art. 1.288 a 1.296 do Código Civil); do direito e regulação de demarcação dos imóveis (art. 1.297 e 1.298 do Código Civil) e do direito do proprietário em construir (art. 1.299 a 1.313 do Código Civil).

A despeito da classificação do supracitado jurista, há que se ressaltar no ordenamento jurídico a presença das limitações voluntárias, espécie de limitação não considerada como direito de vizinhança, em que sobre as quais é constituído outro direito real, como, por exemplo, no usufruto (art. 1.390 a 1.411 do Código Civil) e no estabelecimento de cláusula de inalienabilidade.

As limitações provenientes da supremacia do poder público sobre o privado apresentam-se sob a forma das desapropriações (a mais contundente das limitações), servidões administrativas, requisição, ocupação temporária e limitação administrativa.

Assim sendo, os limites da propriedade, sejam regulados pelo direito privado ou oriundos da supremacia do poder público, atingirão um ou mais dos poderes conferidos ao proprietário, quais sejam, de usar, gozar, dispor e reaver de quem quer que injustamente a possua ou a detenha, mas não intervirão na totalidade do poder que o indivíduo exerce sobre a coisa. A propriedade limitada continuará, desta forma, intocável em sua natureza.

Por outro lado, Orlando Gomes consigna que as limitações da propriedade advindas da supremacia do poder público sobre o titular cresceram no último século, em que “tantas e tais têm sido as restrições ao direito de propriedade, no seu conteúdo e no seu exercício, que está abalada sua própria condição tradicional de Direito Privado”.

Ademais, os encargos que gravam a propriedade, bem como as intervenções do poder público têm sido tão extensos, que o mencionado civilista compara a atual condição da propriedade àquela conhecida nos tempos feudais, quando “o domínio útil dos bens imóveis era sujeito a obrigações reais perpétuas, que deveriam ser cumpridas em proveito dos proprietários inertes, titulares do chamado domínio direto”, assemelhando-se o Estado atual a um barão dos tempos modernos.

Opondo-se à dimensão negativa a que corresponde as limitações da propriedade, em que há uma evidente compressão dos direitos do proprietário sobre a coisa, a função social deve ser entendida de forma diversa, ainda que parte da doutrina nacional não assim o compreenda.



Para parcela de juristas tradicionais, como Maria Helena Diniz, a função social enquadra-se em mais uma das limitações à propriedade, dado que o proprietário deixa de exercer o seu direito sobre a coisa a seu bel-prazer:

Há limitação do direito de propriedade com o escopo de coibir abusos e impedir que seja exercido, acarretando prejuízo ao bem-estar social. Com isso se possibilita o desempenho da função econômico-social da propriedade, preconizada constitucionalmente, criando condições para que ela seja economicamente útil e produtiva, atendendo ao desenvolvimento econômico e aos reclamos de justiça social.

Neste mesmo diapasão da supracitada civilista, o administrativista Hely Lopes Meirelles anui com essa tese, compreendendo o comando constitucional de atendimento à função social como simples poder de polícia da Administração, sendo o instituto uma das limitações à propriedade:

“[A propriedade] é um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. É uma projeção da personalidade humana e seu complemento necessário, mas nem por isso a propriedade é intocável. Admite limitações ao seu uso e restrições ao seu conteúdo em benefício da comunidade. Diante dessa realidade, a Constituição da República garante a propriedade (art. 5º), mas permite a *desapropriação*, mediante prévia e justa indenização (art. 5º, XXIV), autoriza a *requisição* em caso de perigo público iminente e em tempo de guerra, com indenização *a posteriori* (art. 5º XXV, e 22, III), e lhe atribui *função social* (arts. 5º, XXIII, e 170, III).

A despeito desse entendimento, o ajuste da propriedade à função social se revela, portanto, no âmbito de uma relação positiva com a sociedade, segundo a qual estão os proprietários, no exercício de seus poderes, encarregados em utilizar a coisa a ele vinculada no interesse de todos.

A Constituição da República de 1988, todavia, levando-se em conta a complexidade da organização econômica capitalista e as diferentes formas jurídicas de propriedade, não obrigou todas as espécies de propriedades a atender a função social, conforme se discute em seguida.

## **2.4 A propriedade vinculada à função social**

Partindo-se do pressuposto da existência de diversas espécies de propriedade, qual delas estar-se-ia vinculada à obrigação de atendimento à função social?

No ordenamento jurídico são conhecidas as mais diversas formas de propriedade, seja intelectual, autoral, do solo, de bens de consumo, de bens de produção, e outras mais. Dentre as outras classificações, interessam inicialmente ao presente estudo as diferenças correspondentes aos bens de consumo e aos bens de produção.

Os bens de consumo são caracterizados por se destinarem a trazer alguma comodidade ao seu detentor ou então à satisfação de suas necessidades, básicas ou supérfluas. Esses bens, por suas naturezas, esgotam-se na própria fruição pelo seu titular, e, segundo Eros Roberto Grau, justificam-se “na garantia, que se reclama, de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e de sua família”. Não deverá incidir sobre esta propriedade, portanto, a necessidade de atendimento à função social, pois ela detém somente uma função individual ou à sua família. Todavia, “entenda-se como excedente desse padrão especialmente a propriedade detida para fins de especulação ou acumulada sem destinação ao uso a que se destina”. Repreende-se, portanto, qualquer forma de abuso do direito de propriedade, ainda que excluída a sua função social.

Por outro lado, os bens de produção (ou bens de capital) são aqueles que produzem outros bens, tais como máquinas, equipamentos, serviços, etc., e é sobre estas coisas que recairá a função social. Isso porque a atividade econômica na economia capitalista, como se sabe, funda-se na organização por meio da empresa, que se conceitua:

[...] como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)”.

De tal sorte que a propriedade acumulável, nos tempos modernos, encontra-se inserida nesse processo produtivo, de forma que “apenas em relação aos bens de produção se pode colocar o problema do conflito entre propriedade e trabalho e do binômio propriedade-empresa”.

Impende destacar importante passagem de Orlando Gomes sobre o tema:

A funcionalização da propriedade se resolveria na distinção entre espécies particulares de bens, classificados mediante critério econômico, e pela modificação das normas que disciplinam a actividade do proprietário. Quanto aos bens, é relevante a classificação entre bens de produção, bem de uso e bens de consumo, por isso que só os bens produtivos são idôneos à satisfação de interesses econômicos e coletivos que constituem o pressuposto de fato da função social. Só apedeutas estendem aos bens de uso o princípio da função social, falando em função social da propriedade edilícia ou, até mesmo, na dos bens duráveis.

Sobre essa questão, também esclarece Fábio Konder Comparato:

A função social da empresa – que suponho já estivesse embrionariamente postulada na contribuição de Courcelle-Seneuil, na afirmação da função social do comerciante, do proprietário e do capitalista – aparece indiretamente no art. 42 da Constituição Italiana: ‘É livre a iniciativa econômica privada. Não pode, todavia, desenvolver-se em contraste com a utilidade social ou de modo a causar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. A lei determina os programas e os meios de fiscalização destinados à direção e coordenação da atividade econômica, pública e privada, para fins sociais’. Nele resulta consagrada, em sua integralidade – o segundo inciso da disposição autorizando a imposição de limites negativos e o terceiro a imposição de limites positivos à iniciativa econômica – a função social da iniciativa econômica, portanto a função social da empresa. O princípio está também consagrado no direito positivo brasileiro. O art. 154 e o parágrafo único do art. 116 da Lei 6.404/76 referem, de modo expreso, respectivamente, a função social da empresa e a função social da companhia. O princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob compromisso com sua destinação. A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa.

Além disso, foram conferidas pela Constituição da República, pelo próprio Código Civil, pelo Estatuto da Cidade, pelo Estatuto da Terra, e por outras leis infraconstitucionais, às propriedades imobiliárias, urbana e rural, grande relevância, ainda que não se traduzam em bens de produção.

Estas espécies de propriedades imóveis ganham relevo na Constituição Federal, uma vez que dão suporte ao indivíduo e à coletividade conquistarem outros direitos sociais básicos, tal como o direito à moradia, ao trabalho, à alimentação, entre outros direitos e garantias fundamentais.

Daí porque o cumprimento da função social é obrigatório, visto que se a propriedade não for funcionalizada, uma vez que os bens, naturalmente, são escassos, será causa de exclusão de tantos outros indivíduos ao seu acesso.

Neste sentido, a estrutura fundiária é, e sempre foi, flagrantemente desigual em toda a América Latina e no Brasil, desde a chegada dos portugueses. Sobre o assunto, assim expõe Eduardo Galeano:

[...] A estrutura do atraso do campo latino-americano opera também como uma estrutura de desperdício: desperdício da força de trabalho, da terra disponível, dos capitais, do produto e, sobretudo, desperdício das fugidias oportunidades históricas de desenvolvimento. O latifúndio e seu parente pobre, o minifúndio, constituem, em quase todos os países latino-americanos, o gargalo da garrafa que estrangula o crescimento agropecuário e o desenvolvimento de toda a economia. O regime de propriedade imprime a sua marca no regime de produção: 1,5% dos proprietários latino-americanos possui a metade do total das terras cultiváveis, e a América Latina gasta, anualmente, mais de US\$ 500 milhões para comprar, no estrangeiro, alimentos que poderia produzir sem dificuldade alguma em suas imensas e férteis terras. Apenas 5% da superfície total é cultivada: a proporção mais baixa do mundo e, em consequência, o maior desperdício. Nas escassas terras cultivadas, os rendimentos são, além de tudo, muito baixos. Em numerosas regiões, há muito mais arados

de madeira que tratores. Não se empregam, com raras exceções, as técnicas modernas, cuja difusão não só implicaria a mecanização dos trabalhos agrícolas, mas também o auxílio e o estímulo aos solos com o uso de adubos, herbicidas, sementes selecionadas, pesticidas e irrigação artificial. O latifúndio integra, às vezes, como um Rei Sol, uma constelação de poder que, para usar a feliz expressão de Maza Zavala, multiplica os famintos mas não os pães. Em vez de absorver mão-de-obra, o latifúndio a expulsa: em quarenta anos, a proporção de trabalhadores do campo na América Latina caiu de 63% para 40% [...].

Em vista dessa crônica problemática, no capítulo da Constituição da República destinado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária (artigos 184 a 191), verifica-se que o legislador originário preocupou-se com a destinação da propriedade rural, vale dizer, criou suficientes mecanismos para expropriar a propriedade descumpridora do abordado mandamento constitucional. O citado mecanismo aborda a desapropriação por utilidade social, mediante justa e prévia indenização, nos termos dos parágrafos do art. 184, da Constituição Federal, a qual será melhor analisada em capítulo próprio (Capítulo 3.1).

Já no Código Civil, no § 1º do art. 1.228, consagra-se mais uma vez o impositivo constitucional de que a propriedade atenderá a sua função social, disposição esta inexistente no antigo Código de Civil de 1916. Como se sabe, tal previsão neste Código poderia ser considerada desnecessária, haja vista que a Carta Magna já assim dispunha e, pela conformidade de todo o ordenamento jurídico, todas as leis infraconstitucionais estariam condicionadas a serem legitimadas e interpretadas de acordo com aquela.

Não obstante, tem-se que os civilistas sempre foram arredios a qualquer “intromissão” da Constituição no direito privado, principalmente em razão da enorme estabilidade da legislação civil no decorrer dos séculos e das recorrentes mudanças constitucionais desde a independência do país. A respeito desses fatos, na atual Constituição, pontua Gustavo Tepedino:

A Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 introduziu profundas transformações na disciplina da propriedade, no âmbito de uma ampla reforma de ordem econômica e social, de tendência nitidamente intervencionista e solidarista.

Todavia, os civilistas não se deram conta de tais transformações em toda a sua amplitude, mantendo-se condicionados à disciplina da propriedade pré-vigente. Uma confirmação dessa constatação obtém-se do exame dos manuais, cujas edições, pós 1988, não trouxeram alterações substanciais. Os autores limitaram-se a incluir nos antigos textos mudanças pontuais ou supressões de simples preceitos não recebidos pela Constituição. Justifica-se, por isso mesmo, o exame da evolução legislativa brasileira a partir do Código Civil, de maneira a pôr em evidência a força transformadora do novo texto, estabelecendo os contornos da propriedade privada no ordenamento jurídico atual.

Por sua vez, a Lei nº 10.257 de 2001, o Estatuto da Cidade, veio a regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes ao total desenvolvimento das

funções sociais da cidade e à garantia do bem estar das pessoas, tarefa incumbida especialmente aos Municípios, mas não a eles somente.

Nesse ponto, José Isaac Pilati ressalta o Plano Diretor previsto no Estatuto da Cidade, discutido e elaborado pela sociedade organizada para fazer frente aos prejuízos advindos de grupos especuladores, poluidores, etc., que não cumprem, assim sendo, a função social que lhes é incumbida, ao que considerar que:

No Plano Diretor é que se definem modelo de cidade e desenvolvimento, e consequentemente as balizas de função social da propriedade e da cidade. Será dentro de tais parâmetros que se harmonizam os conflitos, antecipando-se ao dano e à especulação irresponsável [...]. Assim, a Função Social abre espaço à autotutela da Sociedade.

## **2.5 O entendimento jurisprudencial da função social da propriedade**

A antiga concepção liberal da propriedade ainda é influente na jurisprudência brasileira. Os tribunais nacionais têm atrasado a penetração da função social na interpretação e na legitimação da propriedade. Essas primeiras conclusões tornam-se bastante plausíveis quando se discute a problemática da luta pela terra, na medida em que ela é um dos principais motores da efetividade social do princípio da função social da propriedade.

Analisar as ocupações de terra no Brasil de maneira individual seria de todo pretensioso, mas parte-se do pressuposto que são válidas e necessárias à busca por uma estrutura fundiária mais justa, sem excluir, todavia, a ocorrência de eventuais desvios cometidos pelos movimentos sociais no curso dessa jornada, sem, jamais, deslegitimar a luta como um todo.

Em vista dessa questão, o Superior Tribunal de Justiça, contudo, recentemente editou a Súmula 354, com a seguinte orientação aos tribunais inferiores: “A invasão do imóvel é causa de suspensão do processo expropriatório para fins de reforma agrária”.

Esta súmula surgiu na tentativa de coibir novas ocupações de terras no país, como instrumento violento ao acesso à terra, ou quiçá, no próprio impedimento da melhor distribuição fundiária.

Explica o processualista civil Fredie Didier Jr., ao discutir a tutela processual da posse, que:

O proprietário, para cumprir a função social da propriedade, precisa, obviamente, possuir a coisa; ou seja, a posse é o principal instrumento de exercício do direito de propriedade, que, como visto, deve observar os deveres fundamentais decorrentes daquela

cláusula geral constitucional. A posse é, pois, o instrumento da concretização do dever constitucional de observância da função social da propriedade.

Tem-se a partir da inteligência dessa passagem, que ao proprietário que não estiver de acordo com os ditames constitucionais da propriedade, não lhe será concedida a tutela processual da posse.

Por esta razão o mencionado processualista defende que:

O art. 927 do CPC, que enumera os pressupostos para a concessão da proteção possessória, deve ser aplicado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se reputa pressuposto implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade.

Continuando logicamente com o raciocínio, o possuidor que for turbado ou esbulhado em sua posse por “invasores” sem-terra, deverá comprovar estar ele cumprindo com a função social, isto é, os seguintes requisitos, contidos no art. 186 da CR: “aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça por inúmeras vezes confere igual tratamento à propriedade cumpridora da função social e aquela que não o obedece. Veja-se do REsp 897.265/RO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24-8-2010:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL DE INICIATIVA DO INCRA. REMESSA NECESSÁRIA. AUSÊNCIA DE APELAÇÃO POR PARTE DA FAZENDA PÚBLICA. PRELIMINAR DE OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO LÓGICA PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECUSO ESPECIAL AFASTADA. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA CORTE ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. INDENIZAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. IRRELEVÂNCIA DE O IMÓVEL SER IMPRODUTIVO.

1. Prevaleceu no âmbito da Primeira Seção desta Corte entendimento pelo não conhecimento do recurso especial pela ocorrência de preclusão lógica em relação ao recurso especial quando não há a interposição de apelação cível contra a sentença submetida a reexame necessário. Tal orientação foi firmada no julgamento do Recurso Especial n. 1.052.615/SP, da relatoria da Ministra Eliana Calmon (DJe 18/12/2009). Todavia, a Corte Especial, na assentada de 29 de junho de 2010, por ocasião do julgamento do RESP 905.771/CE, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, modificou o posicionamento em referência, decidindo que o comportamento omissivo da Fazenda em interpor recurso de apelação não configura preclusão lógica para um futuro recurso para as instâncias extraordinárias.

A despeito de alguns posicionamentos, verifica-se que aquele Tribunal oxigena-se continuamente com a já vintenária Constituição, de feição democrática e social, conforme se observa do AgRg no REsp 1138517/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18-8-2011:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO EXPROPRIATÓRIO. MEDIDA CAUTELAR PELO JUIZ SINGULAR. POSSIBILIDADE. CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL QUE NÃO SE RESUME À PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL. DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL NÃO RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. Entendeu o Tribunal de origem que os recorridos não atacaram o decreto expropriatório, mas sim atos administrativos outros que podem ser sustados para impedir a edição e publicação de Decreto Presidencial.

2. Assim, são inaplicáveis os arts. 1º, § 1º, da Lei n. 8.437/92 e 1º da Lei n. 9.494/97, que vedam a concessão de medidas cautelares ou antecipatórias que objetivem a impugnação de ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

3. Nos moldes em que foi consagrado como um Direito Fundamental, o direito de propriedade tem uma finalidade específica, no sentido de que não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio destinado a proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais.

Enquanto adstrita a essa finalidade, a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre a sua função individual.

4. Em situação diferente, porém, encontra-se a propriedade de bens que, pela sua importância no campo da ordem econômica, não fica adstrita à finalidade de prover o sustento do indivíduo e o de sua família. Tal propriedade é representada basicamente pelos bens de produção, bem como, por aquilo que exceda o suficiente para o cumprimento da função individual.

5. Sobre essa propriedade recai o influxo de outros interesses - que não os meramente individuais do proprietário - que a condicionam ao cumprimento de uma função social.

6. O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa. A função social torna a propriedade em um poder-dever. Para estar em conformidade com o Direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade. É o que se observa, por exemplo, no art. 185, II, da CF.

7. Todavia, a função social da propriedade não se resume à exploração econômica do bem. A conduta ativa do proprietário deve operar-se de maneira racional, sustentável, em respeito aos ditames da justiça social, e como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna.

8. Há, conforme se observa, uma nítida distinção entre a propriedade que realiza uma função individual e aquela condicionada pela função social. Enquanto a primeira exige que o proprietário não a utilize em prejuízo de outrem (sob pena de sofrer restrições decorrentes do poder de polícia), a segunda, de modo inverso, impõe a exploração do bem em benefício de terceiros.

9. Assim, nos termos dos arts. 186 da CF, e 9º da Lei n. 8.629/1993, a função social só estará sendo cumprida quando o proprietário promover a exploração racional e adequada de sua terra e, simultaneamente, respeitar a legislação trabalhista e ambiental, além de favorecer o bem-estar dos trabalhadores.

10. No caso concreto, a situação fática fixada pela instância ordinária é a de que não houve comprovação do descumprimento da função social da propriedade. Com efeito, não há como aferir se a propriedade - apesar de produtiva do ponto de vista econômico, este aliás, o único fato incontroverso - deixou de atender à função social por desrespeito aos requisitos constantes no art. 9º da Lei n. 8.629/93.

11. Analisar a existência desses fatos, conforme narrado pelo agravante, implica revolvimento de matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior em razão do óbice imposto pela Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido”.

Passando-se à crítica aos julgados do Supremo Tribunal Federal, observa-se a importância de seu posicionamento frente à função social da cidade no tocante ao IPTU progressivo, no que se refere à função social da cidade. A progressividade do Imposto Territorial e Predial Urbano, para além do mero cumprimento do princípio da capacidade contributiva (art.156, § 1º, I, da Constituição da República), segundo o qual sua alíquota será distinta entre contribuintes com diferentes capacidades, é instrumento de extrafiscalidade para efetivação da função social da propriedade, de acordo com Antonio Roque Carraza:

A Constituição quer que, além de obedecer ao princípio da capacidade contributiva, o IPTU tenha alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade (nos termos do plano diretor). Em outras palavras, além de obedecer a uma progressividade fiscal (exigida pelo § 1º do art. 145, c.c o inciso I do art. 156, ambos da CF), o IPTU deverá submeter-se a uma progressividade extrafiscal (determinada no inciso II do § 1º do art. 156 da CF). Somente a progressividade extrafiscal depende da edição do plano diretor, que indicará qual a melhor localização e o uso mais adequado do imóvel urbano.

Portanto, o IPTU pode e deve ser um instrumento de extrafiscalidade.

O STF, na esteira deste pensamento, consolidou posicionamento no RE 590360 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 31-5-2011:

IPTU – PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – FINALIDADE EXTRAFISCAL – NECESSIDADE DE LEI NACIONAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A Constituição Federal de 1988, ao delinear o esquema normativo pertinente ao IPTU, contemplou a possibilidade de essa espécie tributária ser progressiva, em ordem a assegurar o cumprimento da função social da propriedade (CF, art. 156, § 1º, e art. 182, §§ 2º e 4º, II). O discurso normativo consubstanciado nesses preceitos constitucionais evidencia que a progressividade do IPTU, no sistema instaurado pela Constituição da República, assume uma nítida qualificação extrafiscal. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a única progressividade admitida pela Carta Política, em tema de IPTU, é aquela de caráter extrafiscal, vocacionada a garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana, desde que estritamente observados os requisitos fixados pelo art. 156, § 1º, e, também, pelo art. 182, § 4º, II, ambos da Constituição da República. Precedente (Pleno)



Por fim, no entender de José Isaac Pilati, “a progressividade seria um reforçador da função social da propriedade, integrando-a com a política e as exigências da ordenação cidadina”

Deve ser pontuado, por outro lado, que a previsão da função social no Código Civil, apesar de reforçar o instituto, também pode restringir a sua contínua reanálise pelo Supremo Tribunal Federal, nos casos em que for este o objeto de apreciação. Isso porque, ao ser previsto em lei infraconstitucional, são totalmente inviabilizados recursos àquele Tribunal, visto que a ofensa à Constituição seria meramente reflexa ou indireta.

### **3. O ALCANCE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

#### **3.1 A desapropriação como forma de atender a função social**

A desapropriação é uma das formas – ressalte-se, a mais agressiva – de intervenção do Estado no domínio econômico, privando o indivíduo, obrigatoriamente, de sua propriedade.

Conforme dispõe o inciso XXIV do art 5º da Constituição da República, é admissível por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, de acordo como estabelecer a lei. O § 3º do art. 1.228 do Código Civil, por sua vez, também faz menção à privação do titular do bem sobre a coisa, mediante desapropriação.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, no tocante aos direitos e pretensões à indenização quanto à desapropriação, ensina que:

Ao conteúdo de propriedade também pertencem quaisquer direitos e pretensões à indenização, com que se obvia aos inconvenientes da intromissão permitida na esfera jurídica do titular de direito de propriedade.

Importa ao presente trabalho aquela desapropriação-sanção, vinculada ao descumprimento da função social. Esta sim, mas não a função social, é espécie de limitação, sendo um dos modos de perda da propriedade do titular do bem e de aquisição da propriedade pelo Estado.

Inicialmente, no que tange a propriedade urbana, a Constituição previu no inciso III do § 4º do art. 182 a desapropriação no âmbito municipal, nos casos de subutilização ou não utilização da área, ou então aquela não edificada, sobre a qual Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

“No espaço urbano, o titular de imóveis sito em área incluída por lei específica no Plano Diretor e que esteja não edificado, subutilizado ou não utilizado poderá, a teor do art. 182, § 4º, por força do aludido princípio, ser compelido pelo Município, nos termos da lei federal, a promover seu adequado aproveitamento, pena de se assujeitar, sucessivamente a: (a) parcelamento ou edificação compulsória; (b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e (c) desapropriação paga mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até 10 anos, assegurado seu valor real, em parcelas anuais e sucessivas”.

A propriedade rural não cumpridora dos requisitos contidos no art. 186 da Constituição da República, ou seja, que não atende a função social, por sua vez, poderá ser desapropriada por interesse social com vista à reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, garantido seu valor real e resgatáveis em até 20 anos, também em parcelas sucessivas e anuais, a teor dos artigos 184 a 191 da CR, cuja competência é exclusiva da União Federal, devendo ser realizada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), o qual deverá implementar e executar a política de reforma agrária, promovendo o acesso a terra.

Ademais, acerca dos critérios e graus de exigência para os quais correspondem o cumprimento da função social, a Constituição do Brasil convive com a previsão segundo a qual será insuscetível de desapropriação a propriedade produtiva (art. 185, II, da CR).

Com efeito, Celso Antônio Bandeira de Mello, em uma rara e infeliz conclusão, afirma que “é forçoso concluir que poderá haver propriedade descumpridora de sua função social, mas livre desta modalidade expropriatória [...]”

No entanto, a despeito de uma interpretação sistemática da Constituição não adotada pelo jurista supracitado, sabe-se que ela não possui contradições internas e é harmônica em si mesma, razão pela qual Tarso de Melo ensina:

Aparentemente, não há qualquer antinomia aí, tampouco há dúvida de que produtiva é apenas aquela propriedade que cumpre a função social detalhada no art. 186 da mesma Constituição. Ou seja, as duas normas poderiam conviver tranquilamente. Mas não é bem assim. Por obra do dogmatismo jurídico, a serviço da ideologia dominante, há autores e, o que é pior, há juízes que consideram tais artigos como autônomos e admitem critérios de produtividade outros que não os previstos na própria Constituição!

Carlos Frederico Marés, tratando do tema, vai direto ao ponto:

‘O artigo 185 dispõe que o imóvel que seja produtivo é insuscetível de desapropriação, isso tem sido interpretado como: mesmo que não cumpra a função social, a propriedade produtiva não pode ser desapropriada, o que inverte toda a lógica do sistema constitucional [...]. É verdade que apesar da habilidade dos autores, essas armadilhas não teriam êxito, e até seriam toscas, não estivesse coerente com a ideologia dominante’.

À produtividade no sentido da função social (aproveitamento racional e adequado, respeito ao meio ambiente, à legislação trabalhista e ao bem-estar dos funcionários) opõe-se uma produtividade em sentido estritamente econômico, ou seja, especulativo (valorização da propriedade), de modo a dar sentido próprio ao art. 185, independente da função social e, mais, mesmo contra a função social.

Essa interpretação isolada do art. 185, assim sendo, configurar-se-ia óbice à realização da reforma agrária, uma vez que a produtividade meramente econômica é desprovida,

por muitas vezes, de qualquer compromisso com o bem-estar da sociedade, marcadamente daquela fatia carente de bens e recursos, os chamados “descamisados”, “excluídos” e outros termos semelhantes.

Desta forma, para além do mero “produtivismo”, a propriedade agrária não poderá desvincular-se da realização de sua função social.

Além disso, para Orlando Gomes, utilidade social é um conceito de difícil definição, o qual pode levar a abusos do legislador na sua utilização, no entanto, para ele:

[...] a utilidade social caracteriza-se pela necessidade de satisfazer, de modo imediato e direto, a uma classe social determinada, e, através dela, a toda a coletividade; e a utilidade nacional que exige se satisfaça a necessidade que tem um país de adotar medidas para fazer frente a situações que o afetem como entidade política ou como entidade internacional.

O dirigismo estatal, desse modo, deverá realizar políticas públicas com o desígnio de realizar e efetivar os direitos sociais, individuais e coletivos insculpidos na Constituição.

O novo instituto criado nos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil têm causado divergências doutrinárias no que concerne a sua classificação. Qual a natureza jurídica desse novo instituto criado no Código Civil? A princípio, observa-se a desnecessidade da posse “mansa e pacífica”, imprescindível no caso de usucapião, e de outro lado, verifica-se uma privação judicial da propriedade, assemelhando-se a uma desapropriação judicial. Neste diapasão, Luiz Edson Fachin, atualizador da obra do mestre Orlando Gomes, assim expõe:

De fato, argumentos há apontando para ambas as direções.

Sob o prisma topográfico teria consagrado uma espécie de ‘desapropriação judicial’. Ali, no parágrafo antecedente, o legislador, a teor do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, regulou as hipóteses de desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, para, em seguida, dispor que o proprietário ‘também’ poderia ser privado da coisa.

Sob tal ótica, a referência à indenização a ser paga ao expropriado defende a natureza expropriatória do instituto. Nada obstante, sendo o preço pago pelos próprios possuidores, sem que seja imputado tal dever ao Poder Público (difícil de sustentar-se, com efeito, diante de ausência de regra impositiva em tal sentido), distancia-se do instituto da desapropriação.

Tal figura nova no sistema positivo não obsta que se sustente tratar-se de modalidade *sui generis* (rectius: onerosa) de usucapião, diante de nota característica da prescrição aquisitiva que estaria presente. No entanto, a ausência de posse *animo domini* e a cogência de pagamento do preço, a evidenciar aquisição derivada cujo título formal será a sentença em juízo de natureza petítória, a distanciam do usucapião.

Nada obstante, na tentativa de encontrar a solução para a problemática, instituiu-se o conceito de posse “pro labore” ou posse-trabalho, que na expressão de Maria Helena Diniz, “tal

inovação tem por base a socialização da posse, a função social da posse e da propriedade e a justiça social (CF, arts. 5º, XXIII, e 170, III). Atende-se à função social representada pela moradia, pelo trabalho produtivo e investimento”.

Diante das inúmeras controvérsias acerca desse instituto, polemizou-se na doutrina, então, quem seria o encarregado pelo pagamento da indenização ao proprietário do imóvel expropriado. Observa-se não se tratar, pois, de desapropriação, ou seja, de ato de império da Administração, impossibilitando seja o Estado, dessa maneira, o responsável. Assim, para Francisco Eduardo Loureiro, “parece claro que o preço deva ser pago pelos beneficiários, vale dizer, os possuidores da gleba. Não teria sentido o Estado pagasse o preço do imóvel que não desapropriou e pode não preencher os critérios de utilidade, interesse ou necessidade públicos”.

Observa-se que, em tese, nos casos de desapropriação (artigos 182 e seguintes da Constituição da República) e de venda compulsória (art. 1.228, parágrafos 4º e 5º, do Código Civil), o proprietário deverá ser indenizado, em justo e prévio pagamento em dinheiro (imóvel urbano) ou em títulos da dívida agrária (imóvel rural).

No entanto, conforme se discutiu no transcorrer do capítulo anterior, a propriedade hodierna justifica-se pela sua função, isto é, a função social é a própria razão de ser da propriedade. Não por outro motivo, a Constituição Brasileira repudiou a propriedade que não atende sua função social, não lhe conferindo proteção, seja no plano material ou no plano processual.

Nesse ponto, assevera Eros Roberto Grau, no tocante à desapropriação:

Ainda no que tange à propriedade, o tratamento conferido àquela dotada de função social é contraditório.

Deveras, esta – a *propriedade dotada de função social* – justifica-se, como vimos, pelos seus fins, sua *função*; é justamente sua *função* que a legitima.

Assim, se a partir deste ponto deixarmos fluir coerentemente o raciocínio, forçosamente concluiremos que ‘a propriedade dotada de função social, que não esteja a cumpri-la, já não será mais objeto de proteção jurídica’. Ou seja, já não haverá mais fundamento jurídico a atribuir direito de propriedade ao titular do bem (propriedade) que não está a cumprir a função social. Em outros termos: já não há mais, no caso, bem que possa, juridicamente, ser objeto de direito de propriedade.

Logo – sigo pelo caminho de raciocínio, coerentemente – não há, na hipótese de propriedade que não cumpre sua função social, ‘propriedade’ desapropriável. Pois é evidente que só se pode desapropriar a propriedade; onde ela não existe, não há o que desapropriar.

Em consequência – prossigo, em caso como tal, o Estado ‘desapropria’ essa ‘propriedade’ (que não cumpre sua função social, repita-se), indenizando o ‘proprietário’, o pagamento dessa indenização consubstancia *pagamento indevido*, ao qual corresponderá o *enriquecimento sem causa* do ‘proprietário’.

A hipótese, se no mínimo de coerência nos for exigido, há de conduzir ao *perdimento do bem* e não a essa estranha ‘desapropriação’.

Deste modo, ao rechaçar a propriedade descumpridora da função social, a desapropriação aparece como uma recompensa ao proprietário que, ao não funcionalizar seu bem, recebe em troca desse desrespeito uma indenização em preço de mercado do imóvel. Nada mais injusto. Por esse motivo Eros Roberto Grau denomina esta espécie de expropriação de “*estranha desapropriação*”.

A propósito, neste mesmo diapasão, entende Fábio Konder Comparato:

A Constituição, aliás, tanto no art. 5º - XXIV, quanto no art. 182, § 3º e no art. 184, não fala em indenização pelo valor de mercado, mas sim em justa indenização, o que é bem diferente. A justiça indenizatória, no caso, é obviamente uma regra de proporcionalidade ou adaptação às circunstâncias de cada caso. Ressarcir, pelo valor venal do bem expropriado, aquele que descumpre o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso.

Cumpramos analisar, portanto, tendo como base os parâmetros adotados pelos supramencionados juristas, os efeitos jurídicos provenientes do fato de essa “propriedade” estar em desconformidade com o ordenamento jurídico. Logo, enquanto fato jurídico de natureza real, haja vista a relação do proprietário e o domínio que exerce sobre ela, deverá a propriedade ser examinada quanto a sua existência e eficácia.

### **3.2 A propriedade como fato jurídico**

Na expressão de Rudolf von Ihering, o direito surge dos fatos (“*facto jus oritur*”).

Não obstante esta preliminar afirmação, tem-se que os fatos jurídicos são todos aqueles acontecimentos relevantes ao direito, capazes de criar, modificar ou extinguir direitos. Cumpramos ressaltar o dizer de Orlando Gomes, segundo o qual “é tudo aquilo a que a norma jurídica atribui um efeito jurídico”.

Na visão de Friedrich Carl von Savigny, criador do conceito, são os fatos jurídicos “los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan. Así, todos estos hechos tienen por carácter común entrañar con el tiempo un cambio de las relaciones de

derecho entre personas determinadas”. Este conceito posteriormente sofreu críticas por não prever o também caráter modificativo dos fatos jurídicos.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, por sua vez, desenvolveu o conceito de fato jurídico, o qual se reputa como o mais preciso, que sedimentou na doutrina brasileira:

Já vimos que o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Vimos, também, que no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimanar, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade.

Podem ser classificados os fatos jurídicos de acordo com o cerne do suporte fático, o qual será definido de acordo com seu elemento essencial e nuclear. Para Luís Roberto Barroso, “a incidência de uma norma legal sobre determinado suporte fático converte-o em um fato jurídico”. Nessa ordem de ideias, ensina Marcos Bernardes de Mello acerca deste critério taxonômico:

Levada pela constatação da realidade, a doutrina germânica do começo deste século, inspirada especialmente nos estudos de MANIGK, BIERMANN, KIPP, ELTZBACKER, VON THUR, KLEIN, desenvolveu a análise mais profunda do problema da classificação dos fatos jurídicos, minudenciando as categorias possíveis e identificando-as mediante a indicação de características essenciais de cada uma. Apesar de haver conseguido isolar as várias espécies classificáveis, a doutrina germânica não alcançou uma precisão satisfatória, do ponto de vista científico, na categorização dos fatos jurídicos em geral.

Mais adiante, sobre a importância desse critério, expõe o mencionado jurista:

[...] a classificação dos fatos jurídicos, [...], se baseia no cerne do suporte fático, considerando este em sua forma abstratamente definida na norma jurídica; quer dizer, o fato jurídico deve ser classificado segundo o seu suporte fático hipotético e não de acordo com a configuração tomada pelos fatos em sua concreção. Essa regra tem uma consequência de grande importância para o trato científico do problema, uma vez que, observada, evita dúvidas e variações quanto à natureza dos fatos jurídicos e a correta aplicação do direito.

Como se observa, a classificação dos fatos jurídicos foi origem de consideráveis divergências doutrinárias, mostrando-se também relevantes não somente aquela organizada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, mas também por Orlando Gomes. Para além dessas discussões, o Código Civil de 2002 deu fim às polêmicas ao sistematizar os fatos jurídicos, no Livro III (art. 104 e seguintes do Código Civil).

A partir da sistematização dos fatos jurídicos no Código Civil, segundo os atualizadores da obra de Orlando Gomes, os professores Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito classificam-lhes da seguinte forma:

1. acontecimentos naturais (fato jurídico 'strito sensu'); 1.1. ordinários; 1.2. extraordinários; 2. acontecimentos volitivos (fato jurídico 'lato sensu'); 2.1. ato jurídico lícito; 2.1.1. 'stritu sensu'; 2.1.2 'latu sensu'. O negócio jurídico; 2.2. ato jurídico lícito.

Com efeito, essa abstração denominada propriedade perfaz uma relação jurídica de natureza real, de acordo com a qual o proprietário tem o domínio, isto é, poderes soberanos sobre a coisa. Sobre o fato jurídico, diz Orlando Gomes:

[...] o fato jurídico submete uma coisa diretamente ao poder de uma pessoa. Se alguém encontra uma coisa sem dono, e dela se apropria, esse fato, que em Direito se chama ocupação, dá nascimento ao direito de propriedade, pelo qual o ocupante pode usar, fruir e dispor do bem subjugado, por essa forma jurídica, ao seu poder, tendo todos o dever de respeitar o direito assim adquirido. Esse fato é o elemento que propulsiona a relação jurídica de domínio, pela qual o agente se torna proprietário do bem assim adquirido.

O exemplo exposto por Orlando Gomes no tocante à ocupação, enquanto modo de aquisição da propriedade, não merece retoques. Entretanto, a propriedade imobiliária e dos bens de produção mereceram proteção especial nas esferas constitucional e infraconstitucional, porque sobre elas, conforme já exposto, recai a função social.

Com efeito, a relação jurídica formada entre o homem e a coisa é fato jurídico de natureza real, a qual poderá resultar na aquisição, modificação ou extinção do direito de propriedade, ao considerar que a função social poderá estar, ou não, sendo cumprida, elemento este fundamental ao que se pode entender de propriedade à luz da Constituição da República.

Por conseguinte, é necessário analisar o primeiro elemento da relação jurídica entre o proprietário e o bem, que se conclui na propriedade, qual seja, a sua existência enquanto fato jurídico.

### **3.3 Existência e eficácia da propriedade**



Para existir o fato jurídico, deverão estar presentes todos os elementos que necessariamente o constituem.

Nesse sentido, na lição Antônio Junqueira de Azevedo, “o exame de qualquer fato jurídico deve ser feito em dois planos: primeiramente, é preciso verificar se se reúnem os elementos de fato para que ele exista (plano da existência); depois, suposta existência, verificar se ele passa a produzir efeitos (plano da eficácia)”.

Neste diapasão é o dizer de Marcos Bernardes de Mello:

Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo complementar do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.

Ao considerar a função social como componente estruturante e justificador da propriedade, considerado como a sua própria razão de ser, insofismavelmente haverá fato jurídico extintivo do direito de propriedade, visto que a ela faltará elemento nuclear para constituir e fazer permanecer este fato jurídico de natureza real.

Logo, a propriedade-função, a única protegida na Constituição do Brasil (ao menos nos parâmetros utilizados no presente trabalho), continuará existindo, por ser dotada de função social.

A propriedade não cumpridora de sua finalidade social, como se verifica, não é somente repugnante nos âmbitos social e econômico, mas também na esfera jurídica, a qual não confere existência à propriedade que não possui seus elementos essenciais.

Na ausência de pressupostos de sua existência, portanto, o fato jurídico de aquisição da propriedade não entrará no mundo jurídico. Se esta “propriedade” entrar no mundo jurídico, não haverá outra solução senão o seu devido repelimento.

Ademais, diz-se eficaz o fato jurídico quando ele possui aptidão a desempenhar sua função, isto é, seus efeitos no mundo jurídico. Conceitua-se o plano da eficácia do fato jurídico, para Marcos Bernardes de Mello, da seguinte forma:

O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo

eficaz representado pelos direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo.

Para o fato jurídico ser eficaz, pressupõe-se inicialmente sua existência, mas não, por outro lado, ser válido. Isso porque pode o fato jurídico ser inválido, mas produzir efeitos, como no caso de uma lei inconstitucional, que, até assim ser declarada, existe, é inválida e é eficaz.

Assim sendo, “a priori”, deverá o fato jurídico existir, para então ser analisada a sua capacidade de produzir efeitos. Logo, se inexistente, será o fato jurídico inválido e ineficaz.

Em outras palavras, basta o não preenchimento das condições de existência do fato jurídico, no caso em apreço, do atendimento à função social, para que este fato jurídico de natureza real não surta efeitos.

Vale dizer, para irradiar seus efeitos nas esferas material e processual, a propriedade deverá estar com consonância com as normas constitucionais e infraconstitucionais que a rege.

Por esta razão, Luiz Edson Fachin, ao atualizar a obra de Orlando Gomes, leciona:

A situação jurídica ‘propriedade’ exige o cumprimento de sua função social para que seja dotada de existência e eficácia. Deste modo, propriedade que não cumpre função social não pode ser tutelada como tal no ordenamento jurídico brasileiro. Convivem com este conteúdo do direito de propriedade as demais limitações previstas pelo legislador.

Sendo assim, por não existir, e por via de consequência, não surtir efeitos, deverá esta “propriedade” descumpridora da função social ser devidamente excluída daquele mundo não jurídico, uma vez que não admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

### **3.4 A Proposta de Emenda à Constituição n. 438 (PEC do Trabalho Escravo)**

O art. 243 da Constituição da República não confere existência e eficácia à propriedade cujas glebas sejam destinadas ao cultivo de plantas psicotrópicas, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, prevendo-se a sua expropriação, sem qualquer indenização ao proprietário, destinando-a ao assentamento de colonos.

Nada obstante, o parágrafo único deste artigo reza que os bens de valor econômico serão igualmente confiscados e revertidos ao tratamento e recuperação clínica dos dependentes químicos, e no próprio aparelhamento do Estado para enfrentar este problema.

Esta previsão constitucional vem a efetivar o princípio da função social da propriedade, haja vista o seu patente descumprimento ao ser ela utilizada com a finalidade de abastecer o odioso tráfico de entorpecentes.

Assim, reza a referida disposição constitucional:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Em tramitação no Congresso Nacional, a PEC do Trabalho Escravo, de número 438, propõe modificar o art. 243 da Constituição, dando-lhe nova redação, para também abranger neste dispositivo o perdimento da propriedade onde for verificada a exploração de trabalho escravo, esteja ela no campo ou na cidade, revertendo-a, preferencialmente, aos trabalhadores que nela já trabalhavam.

A citada Proposta de Emenda Constitucional assim propõe:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com a destinação específica, na forma da lei.

A aprovação desta emenda constitucional, observando-se o art. 60 da Constituição Federal, a qual é discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos e concordância mínima de três quintos dos membros de cada uma delas, virá a coroar a

obrigatoriedade da funcionalização da propriedade. Nesse contexto, deve-se fazer referência ao art. 182 e seguintes da Constituição, que trata da política urbana e ao inciso IV do art. 186 da Carta Política, o qual reza que somente será cumprida a função social da propriedade rural se observadas as normas relativas às relações de trabalho.

A propósito, o Código Penal, em seu art. 149, na redação da Lei nº 10.803, de 11.12.2003, para além de tipificar como crime a conduta do agente que reduzir alguém à condição análoga a de escravo, define o conceito de trabalho escravo.

De acordo com o mencionado dispositivo, deve-se entender por trabalho escravo, a submissão a trabalhos forçados, à jornada exaustiva, à sujeição a condições degradantes de trabalho, ou a restrição da locomoção do trabalhador por causa de dívidas.

Nada obstante, a Organização Internacional do Trabalho, na Convenção nº 29 (“Sobre o trabalho forçado ou obrigatório”), em seu artigo 2º, alínea “1”, prevê que “a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para a qual não se tenha oferecido espontaneamente”. Frise-se, o Brasil é signatário desta Convenção.

Igualmente, o Brasil ratificou a Convenção nº 105 (“Convenção relativa a abolição do trabalho forçado”), cujo endosso faz o país comprometer-se a abolir toda e qualquer forma de trabalho forçado ou obrigatório, não utilizando-o:

- a) como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente;
- b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico;
- c) como meio de disciplinar a mão-de-obra;
- d) como punição por participação em greves;
- e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Desses congruentes conceitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro pode ser observada a sua clareza, exurgindo a desnecessidade de rediscussão desta ideia específica para que seja efetivamente implementado o abordado mecanismo de confisco.

Sendo assim, após a constatação de trabalho escravo por uma equipe interdisciplinar, composta principalmente por auditores do trabalho, Ministério Público, assistentes sociais e outras

áreas afins, mediante parâmetros já estabelecidos na legislação infraconstitucional, será o empregador autuado, oportunizando a ele o devido processo legal para que comprove não ter ele cometido a grave infração.

Aprovada em segundo turno na Câmara dos Deputados em 22 de maio de 2012, a Proposta de Emenda Constitucional em apreço foi subsequentemente remetida ao Senado Federal para a continuidade das discussões, o qual deverá rejeitá-la ou também aprová-la, em dois turnos, observado o art. 60 da Constituição da República.

Abordado especificamente o descumprimento da função social por redução dos trabalhadores à condição análoga a de escravo e do cultivo de plantas psicotrópicas, passa-se a abordar, de forma ampla, o perdimento da propriedade.

### **3.5 A função social e o perdimento da propriedade**

A perda da propriedade, nos termos acima expostos, não poderá prescindir do devido processo legal, a teor do inciso LIV do art. 5º, da Constituição da República, direito que é nuclear em um Estado Democrático de Direito, na qual estão circunscritas todas as garantias constitucionais processuais.

Não se pretende, portanto, a retirada da propriedade do domínio de seu titular de forma que não respeite o contraditório e a ampla defesa.

Em homenagem a este princípio basilar do Estado Democrático de Direito, a liberdade e a propriedade não poderão ser expropriadas do indivíduo sem um regular processo.

Não foge a este princípio basilar do Estado Democrático de Direito a previsão segundo a qual o proprietário poderá perder a propriedade imobiliária e dos bens de produção que, certa vez, já cumpriram a sua função social e não mais a atendem, conforme preceituam os incisos III e IV do art. 1.275 do Código Civil.

Deste modo, importa ao presente trabalho o perdimento da propriedade relativo ao abandono (art. 1.275, inciso III, do Código Civil) e o perecimento da coisa (art. 1.275, inciso IV, do Código Civil), conforme passa a demonstrar.

De saída, consoante demonstrado, ao não ser a propriedade funcionalizada, isto é, ao não possuir intrinsecamente a justificação de sua existência e eficácia em razão da função social, entende-se pelo perecimento da coisa (art. 1.275, inciso IV, do Código Civil). A propriedade, deste modo, pereceu por não possuir, dentre as suas características essenciais, o principal componente de seu próprio objeto.

Sobre o perecimento da coisa como modo de perda da propriedade, Orlando Gomes ensina:

Considera-se extinto o direito de propriedade quando seu objeto perde as qualidades essenciais ou o valor econômico, se confunde com outro, ou fica em lugar onde não pode ser retirado. Nestes casos, o perecimento resulta de fato involuntário, de um acontecimento natural, como o raio, o incêndio, o terremoto. Mas pode ser consequência de ato de vontade do próprio titular do direito como no caso de destruição.

Essa questão já foi objeto de julgamento no Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu o perecimento da propriedade loteada que sofreu paulatina ocupação de moradores sem teto:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva.

II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ.

III. Recurso especial não conhecido.

Não obstante, resta também verificar a ocorrência de abandono (art. 1.275, inciso II, do Código Civil), segundo o qual o proprietário, voluntariamente, se desfaz da propriedade. Frise-se que ao imóvel abandonado o Código Civil incluiu o art. 1276, o qual revela o procedimento de perda da propriedade dos bens vagos, tanto dos imóveis urbanos (art. 1.276, “caput”, do Código

Civil), quanto dos imóveis rurais (art. 1.276, § 1º, do Código Civil) aos Municípios e Distrito Federal, conforme assim determina.

Este dispositivo incluído no novo Código, “consagra uma das mais relevantes inovações do Código Civil, derrubando um dos dogmas do direito privado: a propriedade não se perder pelo não uso”.

Não obstante, veio a coroar a necessidade de se cumprir a função social, seja da posse ou da propriedade, a qual obriga o proprietário, segundo seus poderes inscritos no art. 1.228 do Código Civil, a ter uma conduta positiva na administração de sua propriedade.

Configurados os requisitos do art. 1.276 do Código Civil, serão os imóveis (assim como os bens de produção eventualmente nele inseridos, por consequência), arrecadados pela Municipalidade, observando, contudo, o devido processo legal, de forma que o proprietário possa se defender e provar o não abandono de seu imóvel.

Ao verificar a inexistência e ineficácia da propriedade, coerentemente, deverá ela ser devidamente repelida pelo ordenamento jurídico e dar-lhe a devida destinação.

## **CONCLUSÃO**

O tema da propriedade e sua função social foram escolhidos para serem objetos do presente trabalho monográfico, com o intuito de tensionar ao máximo o alcance da aplicação do dispositivo constitucional que obriga o atendimento da função social da propriedade privada, elemento este que é central do sistema de produção capitalista, de forma que uma diferente interpretação do instituto possa trazer benefícios e soluções à problemática social presente no País.

Em outras palavras, o presente trabalho foi uma pretensa tentativa de demonstrar que a Universidade brasileira pode trazer saídas aos problemas brasileiros, e não somente se resignar a produzir mão de obra especializada a um mercado despreocupado com os rumos do país.

Conforme se pôde observar, através da pesquisa nas obras de parte dos mais tradicionais juristas deste país, o tema sofre por eles preconceito, motivo pelo qual sua abordagem tendia a ser de forma limitada e superficial, não lhe conferindo tratamento adequado e não lhe demonstrando seu longo alcance. Por esta razão, foram privilegiados autores que já realizaram o giro democrático da Constituição da República de 1988, tais como Luiz Edson Fachin, Fábio

Konder Comparato e José Afonso da Silva, bem como do civilista Orlando Gomes, que, por certo, é um homem à frente de seu tempo.

Nesta ordem de ideias, ainda no início do presente trabalho de conclusão de curso, verificou-se um período da história da humanidade de inexistência da propriedade privada, muito embora seja lugar comum entre diversos juristas que a propriedade sempre esteve presente em todas as civilizações. Nesse ponto, objetivou-se demonstrar as diferentes formas da propriedade através dos tempos, seja no seu plano valorativo, seja no plano legal, e a sua correlação com o modo de produção da época.

No início deste trabalho, investigou-se o surgimento de doutrinas socializantes, impingindo a propriedade com um grave encargo social, as quais mais tarde vieram a se cristalizar nas Constituições Mexicana de 1917 e da República de Weimar de 1919. No Brasil, a sua aderência deste pensamento às Constituições se deu de forma vagarosa, apesar de progressiva, chegando-se à Constituição Republicana de 1988, que previu a função social no rol dos direitos e garantias fundamentais e no capítulo dos princípios gerais da ordem econômica.

Já em seu percurso, foram traçados os contornos da propriedade e sua função social. Assim, concluiu-se que a propriedade atual, mais que “possuir” finalidade social, ela “é” finalidade social, haja vista, na expressão de Orlando Gomes, ser a função social a sua própria “ratio”. Por consequência, diferencia-se a propriedade-função das limitações jurídicas, administrativas e de direito civil, pois externas ao seu conceito, apesar de parcela considerável de juristas atribuir à função social o mesmo caráter das limitações. Após, constatou-se que não todas as espécies de propriedade são obrigadas a cumprirem a função social, haja vista que parte delas possuem apenas função individual ou de fruição imediata. Entretanto, deve-se fazer a ressalva de que o abuso deste direito pode ser repreendido, notadamente se forem reservados à especulação ou acumulada sem destinação ao uso a que se destina. Já quanto a jurisprudência dos tribunais superiores, no que se refere à modulação da propriedade à luz da Constituição de 1988, observa ser vacilante, uma vez que ora interpreta-a adequadamente, e ora não diferencia a propriedade cumpridora, daquela não cumpridora da função social.

No final deste trabalho monográfico, estudou-se a desapropriação decorrente do não atendimento à função social da propriedade. Neste aspecto, discutiu-se que apesar de ser produtiva, não é suficiente para ser a propriedade considerada plenamente cumpridora deste preceito fundamental, e que, apesar de majoritariamente entender-se que será o pagamento realizado em preço de mercado, o dispositivo fundamental refere-se à “justa indenização”, a qual abre a possibilidade de não ser acolhido este critério. Após, também foi, brevemente, objeto de análise o



fato jurídico, para em seguida adentrar na propriedade enquanto fato jurídico de natureza real. Sendo assim, por ser considerado fato jurídico, devem estar presentes todos os seus elementos essenciais, dentre eles, a função social. Logo, se o proprietário não cumprir, ou deixar de cumprir a função social de sua propriedade, será fato que criará, modificará ou extinguirá seu direito. Por decorrência de sua não existência, deixará de ter eficácia, tanto no plano material, quanto no plano processual.

Além disso, por ser repugnante moral e juridicamente, deverá ser esta “propriedade” devidamente repelida pelo magistrado, considerando o perecimento da própria propriedade ou o seu abandono, de acordo com o caso concreto. Não obstante, deverá ser observado o devido processo legal. Por fim, foi trazido à tona a PEC do Trabalho Escravo, que veio a coroar o abordado instituto.

Logo, inspirando-se no Manifesto Comunista de Karl Marx e Friedrich Engels, constatou-se que relativizar o sagrado direito de propriedade, alçando a função social como umbilicalmente ligada à propriedade e dela dependente para existir e surtir efeitos, é profaná-lo, pois altera o principal objetivo histórico da propriedade privada, que é ser acumulada e utilizada com uma finalidade estritamente individual. É, pois, agitar o próprio alicerce do capitalismo, que anda a passos largos a se desmanchar no ar.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Tomo II, São Paulo, 1933.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERCOVICI, Gilverto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, n. 142. Ano 36, 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Trad. Sérgio Bath, 9. ed. Brasília: Editora da UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 232-233.

BRASIL. Constituição. 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto Legislativo nº 24, de 29 de maio de 1956.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.228. Institui o Código Civil.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 354, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/06/2008, DJe 08/09/2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 75659/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 29/08/2005, p. 344.

CARRAZZA, Antonio Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1*. 11ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Revista do Ministério Público. Vol. 4, n. 7 (jan./jun.1998). Rio de Janeiro: Ministério Público, 1995.

\_\_\_\_\_. *Função social da propriedade dos bens de produção*. RDM 63/73.

DIDIER JR., Fredie. *Função social da propriedade e a tutela processual da posse*. Disponível em:<  
<http://direitosreais.files.wordpress.com/2009/03/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf>> Acesso em 2 de jun de 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 4º Vol. Direito das Coisas. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 105-106.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Anotado*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martins Claret, 2009.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Ciro Mioranza. 3ª ed. São Paulo: Escala, 2009, p. 35/42

FRANÇA. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*. 2 de outubro de 1789. Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em:  
[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf). Acesso em 15-5-2012.

\_\_\_\_\_. LEIS, decretos, etc. *Código Napoleão: ou código civil dos franceses*. Rio de Janeiro: Record, 1962.

FRANCISCO, Caramuru Francisco. *A propriedade urbana na nova ordem constitucional*. In: *A Propriedade e os direitos reais na constituição de 1988*. Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1991.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Editora das Américas: São Paulo, 1961. Disponível em

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América latina*: tradução de Galeano Freitas. 47ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

GASSEN, Valcir. A Natureza Histórica da Instituição do Direito de Propriedade. In: Antonio Carlos Wolkmer. (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 4 ed. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2005.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. *A Função Social da Propriedade*. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n. especial (Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Ferrer-Correia), 1989.

GONÇAVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Volume 5: direito das coisas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HESPANHA, Antonio Manuel. *O materialismo histórico na história do direito*. In: *A história do direito na história social*. Lisboa: Horizonte.

LEÃO XIII. *Rerum novarum*. Carta encíclica sobre a condição dos operários. São Paulo: Loyola, 1991.

LOCKE, John. *Segundo tratado do governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenador: César Peluso. 4ª ed. Barueri: Editora Manole, 2010.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira Martins. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: Antonio Carlos Wolkmer. (Org). *Fundamentos de História do Direito*. 4 ed. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2005, p. 161.

MARX, Karl. *Obras escolhidas em três tomos*. Trad. José Barata Moura e outros. Lisboa, Moscou: Avante, Progresso, 1985.

\_\_\_\_\_; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 14.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 01.2010.

MELLO, Marcos Bernandes de. *Teoria do fato jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELO, Tarso de. *Direito e ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1ª ed. Tomo XI. Campinas: Bookseller, 2001.

OIT. Convenção 29. Disponível em

<[http://www.oit.org.br/sites/all/forced\\_labour/oit/convencoes/conv\\_29.pdf](http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf)> Acesso em 5 de jun de 2012.

\_\_\_\_\_. Convenção nº 105. Disponível em:

[http://www.oit.org.br/sites/all/forced\\_labour/oit/convencoes/conv\\_105.pdf](http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_105.pdf) Acesso em 5 de jun de 2012.

PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad: Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Editoria Acadêmica, 1988.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PILATI, José Isaac. *Propriedade & função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2001.

RENNER, Karl. *Instituciones of private Law and their social functions*. Trad. Agnes Schwarzschild. London: Routledge & Kegan Paul, 1949.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 185.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema Del derecho romano actual*. Traduzido do alemão por M. F. C. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madri: F. Góngora y Compañia, Editores, 1.879.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.